

مجلة الشريعة والقانون



مجلة علمية مُحكّمة تُعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية

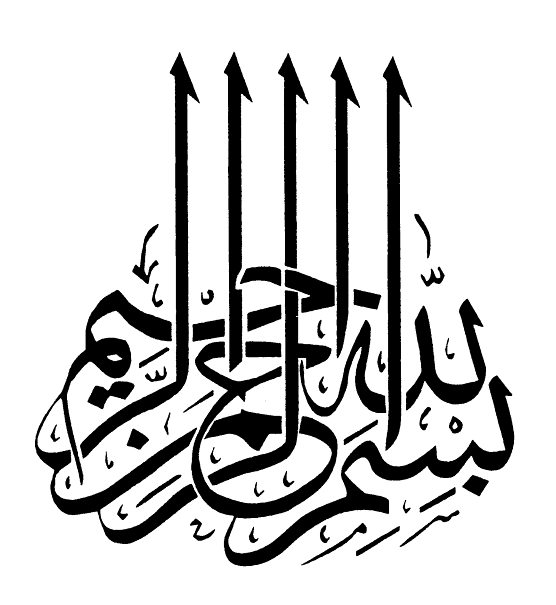
" نصف سنوية "

العدد الثامن عشر – ذو القعدة ١٤٢٣هـ - يناير ٢٠٠٣م

تصدر عن مجلس النشر العلمي- جامعة الإمارات العربية المتحدة

ردمد: ١٠١٣-١٦٠٨

تُفهرس المجلة في دليل أولريخ الدولي للدوريات تحت رقم 349199



الاشتراكات السنوية:

نوع الاشتراك	الإمارات	الدول العربية	الدول الأجنبية	سنوات الاشتراك
أفراد	٣٠ درهم	٤٠ درهم	١٠ دولار	سنة
مؤسسات	٦٠ درهم	٨٠ درهم	٣٠ دولار	
أفراد	٥٥ درهم	٧٥ درهم	٢٥ دولار	سنتين
مؤسسات	١١٠درهم	١٥٠ درهم	٥٥ دولار	
أفراد	٨٠ درهم	١١٠ درهم	٣٥ دولار	ثلاث سنوات
مؤسسات	١٥٠درهم	٢٠٠ درهم	٨٠ دولار	

تُدفع الاشتراكات بإحدى الطرق الآتية:

١- إمـا بشـيك مصـرفي لصالح مجلة الشريعة والقانون على أحد المصارف الإماراتية.

٢- أو بـتحويل مصرفي لحساب جامعة الإمارات العربية المتحدى لدى بنك الاتحاد الوطني رقم ١٠٠٢٧٧٧-٨٢٠ ويُرسل صورة من إيصال التحويل إلينا.

تُوجـه جميع المراسلات والبحوث باسم رئيس هيئة التحرير وذلك على العنوان الآتي:

مجلة الشريعة والقانون

العين – ص.ب ١٥٥٥١- دولة الإمارات العربية المتحدة

هاتف ٧٥٥٤٣٣٦-٣-٩٧١ فاكس ٧٥٤١٢٢٦-٣-٩٧١

البريد الإلكتروني: Sharia_law.journal@uaeu.ac.ae

موقع المجلة على شبكة الإنترنت: http://sljournal.uaeu.ac.ae

جميع الآراء في هذه المجلة تُعبر عن وجهة نظر كاتبيها

ولا تُعبر عن وجهة نظر هيئة التحرير أو الجامعة

أهداف المجلة وقواعد النشر

أَوَّلاً : أهداف المجلة :

مجلة كلية الشريعة والقانون نصف سنوية مُحَكَّمَة مُتخصصة تُصدرها كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، وتهدف إلى:

١ - نشر البحوث المبتكرة والتي يُعِدُها المتخصصون في مجالي الشريعة والقانون من أجل إثراء البحث العلمي في هذه المجالات.

٢ - توطيد الصلات العلمية والفكرية بين كلية الشريعة والقانون في جامعة الإمارات العربية المتحدة وَنَظِيراتهَا في الجامعات الخليجية والعربية والإسلامية والعالمية.

٣ - معالجة القضايا الإِنْسَانِيَّة المعاصرة في إِطْار الشريعة والقانون، لا سيما ما يختص منها بدولة الإمارات العَرَبِيَّة المتحدة ومنطقة الخليج، والعالم العربي والإسلامي.

٤ - متابعة ورصد اتجاهات الحركة العلمية في نطاق الشريعة والقانون عن طريق التعريف بالكتب والترجمات الحديثة في مجالي الشريعة والقانون، والرسائل الجامعية التي تقدم للجامعات الخليجية والعربية والإسلامية والعالمية، والمؤتمرات، والندوات العلمية التي تتناول قضايا الإنسان وبيئته في المجالات المذكورة، بالإضافة إلى أخبار التراث الفكري الإسلامي والعربي والفتاوى الشرعية والقانونية.

٥ - إتاحة فرص التبادل العلمي مع المجلات العلمية المماثلة التي تُصدرها الكليات المناظرة في الجامعات الأخرى على مستوى العالم.

ثانيًا: قواعد النشر

١- تقوم مجلة الشريعة والقانون بنشر الدراسات الأصيلة والمبتكرة ذات الصلة بالفقه والدراسات الإسلامية والقانون بفروعها، والمتسمة بالعمق والإثراء المعرفي.

٢- تخضع البحوث المقدّمة إلى المجلّة للتقويم والتحكيم حسب القواعد والضوابط التي تلتزم بها المجلة؛ قصد الارتقاء بالبحث العلمي في مجال الشريعة والقانون ومن تلك القواعد سرية التحكيم.

٣- يجب اتباع الأصول العلمية من حيث الإحاطة والاستقصاء، والحواشي والمصادر والمراجع، إلى غير ذلك من القواعد المرعيَّة في البحوث العلمية.

٤- أن تكون مراجع وهوامش كل صفحة أسفلها.

٥- يجب أن يراعى في البحوث المتضمنة لنصوص شرعية ضبطها بالشكل مع الدقة في الكتابة.

٦- يجب أن يكون البحث خَالِيًا من الأخطاء اللغوية والنحوية، مع مراعاة الترقيم المتعارف عليه في الأسلوب العربي، وضبط الكلمات التي تحتاج إلى ضبط.

٧- على الباحث أن يختم بحثه بخلاصة تبين النتيجة والرأي أو الآراء التي تضمنها.

٨- تُقبل البحوث باللغة العربية أو الإنجليزية أو الفرنسية.

٩- ألا يتجاوز البحث المقدّم على أربعين صفحة من الحجم العادي عدا المراجع والأشكال والصور والملاحق.

١٠- يجب ألا يكون البحث جزءاً من رسالة الدكتوراه أو الماجستير التي أعدها الباحث، وألا يكون قد سبق نشره على أي نحو كان أو تم إرساله للنشر في مجلة أخرى ويثبت ذلك بإقرار بخط البحث وتوقيعه.

١١- يلتزم الباحث بعدم إرسال بحثه لأي جهة أخرى للنشر حتى يصله رد المجلة بصلاحية بحثه للنشر من عدمه.

١٢- يلتزم الباحث بإجراء تعديلات المحكمين على بحثه وفق التقارير المرسلة إليه، وموافاة المجلة بنسخة معدلة.

١٣- يجب أن يكون البحث مرقُونًا على الحاسوب، وتزود هيئة التحرير بثلاث نسخ منه مع نسخة على قرص مرن (ديسك) بواسطة برنامج (WORD97) ومابعد.

١٤- يرفق البحث بسيرة ذاتية للباحث.

١٥- يرفق البحث بملخص باللغتين العربية والإنجليزية بما لا يزيد كل ملخص على صفحة.

١٦- يُخطر أصحاب البحوث بالقرار حول صلاحيتها للنشر أو عدمه خلال مدة لا تتجاوز أربعة أشهر من تاريخ وصوله لهيئة التحرير.

أولوية النشر:

أ - البحوث المرتبطة بمجتمع دولة الإمَارَات العربية المتحدة.

ب - تاريخ وصول البحث لرئيس هيئة تحرير المجلة.

ج - تنويع البحوث مَوْضُوعًا.

ملاحظات:

١ - ما ينشر في المَجَلَّة من آراء يعبر عن فكر أصحابها ولا يمَثِّل رأي المَجَلَّة أو اتجاهها.

٢ - ترتيب البحوث في المَجَلَّة يخضع لاعتبارات فنية.

٣ - لا تُرَد البحوث المرسلة إلى المجلة إلى أصحابها، نُشِرَتْ أم لم تنشر.

٤ - تستبعد المجلة أي بحث مخالف للشروط المذكورة.

٥ - لا تدفع المجلة مكافآت مقابل البُحُوث المنشورة أو مراجعات الكتب أو أي أعمال فكرية ما لم يكن بتكليف منها.

٦ - يُعطى الباحث نُسختين من المجلة وخمسٌ وعشرين فصلة من بحثه.

محتويات العدد

البحوث والدراسات المُحَكَّمة:

كلمة العدد

"مشروع قانون الأحوال الشخصية الإماراتي"

لم يُثر موضوعاً تشريعياً جدلاً مثل ما أثاره موضوع تقنين أحكام الأسرة، والذي يأمل أن يصـــدر في الوقـــت القريـــب، ولقد اهتمت الجهات المعنية والأسرة الإماراتية أيما اهتمام بهذا الموضوع ولقد أُعد أول مشروع لأحكام الأسرة في دولة الإمارات العربية المتحدة- منذ أكثر مـــن عقديـــن من الزمن ثم أعقب ذلك سكون، وأعدت في إطار دول مجلس التعاون الخليجي وثـــيقة مسقط حول أحكام الأسرة وصدق عليها حكام دول مجلس التعاون، وأعيد إثارته من جديد، بأن أعدت وزارة العدل عن طريق لجنة مشكلة من القضاة وأهل الخبرة من الأساتذة مشـــروعاً آخـــر، وبعد دراسته ارتأى أن يعد مشروعاً أكثر اتفاقاً مع الواقع الأسري الحاضر، وبحيث لايتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية الغراء وقد قامت اللجنة المشكلة في أكثرها من أســـاتذة الجامعات وأيضاً من القضاة ذوي الخبرة بالواقع الإماراتي. و لم تكتف اللجنة المذكورة بالتقنين بل أعدت مذكرة إيضاحية تبرز أهميتها برد التقنين إلى جذوره الشرعية والفقهية.

وقد عُرض هذا المشروع على المؤسسات القانونية والاجتماعية في الدولة لتعطي ملاحظاتها وآرائهـــا؛ وهو مايُعد نظرةً استثنائية للتشريع لم يحظى بها أي تقنين آخر، وهو في ذات الوقت يُبرز التطور التنظيمي في دولة الإمارات العربية في إبداء الرأي والمشورة، حيث لم يكتف كما هـــو في الاســـتفتاء بـــنعم أو لا ، بل يذكر الرأي والملاحظات والاعتراضات وقد تكون قمة الشورى كما في قوله تعالى **﴿وشاورهم في الأمر﴾ ﴿وأمرهم شورى بينهم﴾** .

والمشـــروع الجديد لم يكتف برأي مذهب فقهي واحد في المسائل والأحوال العائلية التي شمـــلها بل تعدى ذلك إلى الأخذ من جميع المذاهب الفقهية والأعراف والمصلحة التي لاتخالف أحكـــام الشـــرع، والتي تتفق مع الواقع الحضاري الذي تعيشه دولة الإمارات في ظل قيادتها

الراشـــدة والحكـــيمة ونظرتها الثاقبة المنطلقة غلى المستقبل المأمول والحكمة ضالة المؤمن فأينما وجدها فهو أولى بها.

والذي قلناه يتفق مع النظر إلى الأحكام الفقهية التي كانت نتيجة الاجتهاد، والتي غالباً ما تتغير بتغير الزمان والمكان في حالة الحاجة إلى هذا التغيير أو عدم تناسبها مع هذا الزمان والتطور البيئي للمجتمع، فمن المقرر في فقه الشريعة أن لتغير الأوضاع والأحوال الزمانية تأثيراً كبيراً في كثير من الأحكام الشرعية والاجتهادية، إذ هذه الأحكام تنظيم أوجبه الشرع يهدف إلى إقامة العدل وجلب المصالح ودرء المفاسد ، فالأحكام ترتبط بالظروف والأوضاع الزمنية والنظام العام والآداب.

وكـــثيرٌ مـــن الأحكام كانت تتناسب مع الوضع الذي صدرت فيه، وكانت نتاجاً لذاك الزمان وعلاجاً لبيئة في زمن معين، إلا أنه بعد جيل أو أجيال، أصبح لايوصل إلى المقصود منه إن لم يفـــض إلى عكســـه؛ نتيجةً لتغير الأوضاع والظروف والأنظمة (١)، ورحم الله ابن قيم الجوزية حيث قال: "إن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعة وإن دخلت فيها بالتأويل"(٢).

أ.د. جاسم علي سالم الشامسي

رئيس التحرير

---

(١) أبو الأعلى المودودي، القانون الإسلامي وطرق تنفيذه، ص٣٥-٣٧.

(٢) أعلام الموقعين، مجلد ٣، ص ١٤-١٥.

البحوث والدراسات

حقوق المسنين وواجباتهم في الإسلام

مع بيان الحماية النظامية لهم بالمملكة العربية السعودية

المستشار الدكتور/ فؤاد عبد المنعم أحمد
الأستاذ المشارك بقسم العدالة الجنائية
أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية

ملخص البحث:

لقد سبق الإسلام الغرب في أن جعل للمسنين حقوقاً وواجبات، ولقد اعتبرها الإسلام عبادة وقربى لله، تُحقق لهم الأمن في الدنيا والفوز برضوان الله في الآخرة.

وشـــريعة الإســـلام مشـــتملة على جلب المصالح ودرء المفاسد، وتعتمد هذه الدراســـة في بحث حقوق المسنين وواجباهم في الإسلام على نصوص القرآن الكريم والسنة المطهرة وتعمد في بيان الحماية النظامية للمسنين على النظام الأساسي للحكم والأنظمـــة المرعـــية ومـــنها نظام التقاعد، ونظام التأمينات الاجتماعية، والضمان الاجـــتماعي. كمـــا تـــبين هذه الدراسة في مباحث ثلاثة: مفهوم المسن، وأنواعه، والتغيرات المصاحبة له، وحقوق المسنين في الإسلام وواجباهم، والحماية النظامية لهم في المملكة العربية السعودية.

المقدمة:

الحمـــد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المصطفى الأمين المبعوث رحمة للعالمين، وبعد:

أهمية البحث:

إن حقـــوق المســـنين عرفت في الغرب منذ قرابة نصف قرن تقريباً إزاء الواقع المريـــر لهـــم مـــن فقدان الأمن الصحي والاقتصادي والاجتماعي والتنكر الأسري لمطالـــبهم. مما حدى بالجمعية العالمية للمسنين (فينا — النمسا) سنة ١٩٨٢م أن تقر الخطـــة الدولـــية لرعاية المسنين التي شملت مجالات متعددة منها: الصحة والتغذية، والإســـكان، والرعاية الاجتماعية، والأسرة، وتأمين الدخل والعمل والتعليم لهم. ثم في عام ١٩٩١م وقعت الجمعية العامة للأمم المتحدة على مبادئ لرعاية كبار السن تحقـــق لهم مفهوم الاستقلالية، والمشاركة، والرعاية، والرضى الشخصي، والكرامة، وعقـــد في أكتوبر من نفس العام لأول مرة اليوم الدولي للمسنين، وفي عام ١٩٩٩م نظمـــت الجمعـــية العامـــة للأمـــم المتحدة: العام الدولي للمسنين من أجل المبادئ الأساسية لهم، ومحاولة تنمية الاتجاهات والقدرات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والمعنوية للمسنين في القرن القادم، ووعدت الجمعية العامة للأمم المتحدة لجعل عام ٢٠٠١م العام الدولي للمسنين ولتطبيق المفاهيم على الواقع في الألفية الثالثة(١).

وقد سبق الإسلام وقرر للمسنين حقوقاً وألزمهم بواجبات هي عبادة وقربى لله، تحقق لهم الأمن في الدنيا والفوز برضوان الله في الآخرة.

---

(١) الدكتور طلعت حمزه الوزنه: أرقام وحقائق عن المسنين في العالم (المملكة العربية السعودية: وزارة العمل والشئون الاجتماعية، ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م) ص ١٩، ٢٠ .

منهج البحث:

"شـــريعة الإســـلام مشتملة على جلب المصالح كلها دقها وجلها، وعلى درء المفاســـد باسرها دقها وجلها، فلا تجد حكماً لله إلا وهو جالب لمصلحة عاجلة أو آجلـــة أو عاجلـــة وآجلة، أو درء مفسدة عاجلة أو آجلة أو عاجلة وآجلة(١)" وقد صـــدق إمـــام الحـــرمين الجويني القول: " إنما ينسل عن ضبط الشرع من لم يحط بمحاســـنه، و لم يطلع على خفاياه ومكامنه، فلا يسبق إلى مكرمة سابق، إلا لو بحث في الشريعة لألفاها أو خير منها في وضع الشرع" (٢) لأن أساسه كتاب الله الذي لا يأتية الباطل من بين يديه ولا من خلفه؛ لأنه تتريل من عزيز حكيم، يهدي للتي هي أقوم، وبيان وتطبيق من الرسولﷺ لقوله تعالى﴿**وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إلـيهم**﴾ [ســـورة النحل: الآية ٤٤] وأمرنا ﷺ بطاعته وأنها من طاعة الله ﴿**من يطع الرسـول فقـد أطاع الله**﴾ [النساء: الآية ٨٠]. ﴿ **وما آتاكم الرسول فخذوه ومانهاكم عنه فانتهوا**﴾ [الحشر: الآية ٧].

ونعتمد في بحث حقوق المسنين وواجباهم في الإسلام على نصوص القرآن الكريم والسنة المطهرة، كما نعتمد في بيان الحماية النظامية للمسنين على النظام الأساسي للحكم والأنظمة المرعية ومنها نظام التقاعد، ونظام التأمينات الاجتماعية، ونظام الضمان الاجتماعي. ...

(١) عـــز الدين عبد العزيز بن عبد السلام: القواعد الكبرى الموسوم بـــ" قواعد الأحكام في إصلاح الأنام" تحقـــيق د.نزيه كمال حماد، ود. عثمان جمعه ضميريه، (دمشق، دار القلم، ط١، ١٤٢١هـــ ٢٠٠٠م) جـــ١، ص ٣٩.

(٢) أبو المعالي عبد الملك الجويني: غياث الأمم في التياث الظلم (الغياثي) تحقيق الدكتور فؤاد عبد المنعم أحمد والدكتور مصطفى حلمي (الإسكندرية، دار الدعوة، ط٣، ١٤١١هـــ-١٩٩٠م)ص١٧٢.

خطة البحث:

نقسمه إلى تمهيد، وثلاثة مباحث، وخاتمة؛ كالتالي:

التمهيد: مفهوم المسن، وأنواعه، والتغيرات المصاحبة له.

المبحث الأول: حقوق المسنين في الإسلام.

المبحث الثاني: واجبات المسنين في الإسلام.

المبحث الثالث: الحماية النظامية للمسنين في المملكة العربية السعودية.

وأسأل الله عز وجل أن يتقبل عملي وأن يجعله خالصاً لوجهه الكريم وأن ننال الفوز بمحبته ورضاه أنه ولي ذلك والقادر عليه.

التمهيد

تعرف المسن، وأنواعه، والتغيرات المصاحبة له

تعريف المسن وأنواعه:

المسن: هو من كبرت سنه، وضعفت قواه الجسمية والذهنية، ويطلق عليه "شيخ"، ويظهر عليه الشيب في الغالب؛ فإن زاد في الكبر، أطلق عليه "هرم" أو "كهل"(١).

وقد بين القرآن الكريم مراحل حياة الفرد، وجعل الشيخوخة هي المرحلة الأخيرة من حياة الإنسان الدنيوية،قال الله ﷻ: ﴿**هو الذي خلقكم من تراب ثم من نطفة ثم من علقة ثم يخرجكم طفلاً ثم لتبلغوا أشدكم ثم لتكونوا شيوخاً ومنكم من يتوفى من قبل ولتبلغوا أجلاً مسمى ولعلكم تعقلون**﴾[سورة غافر: ٦٧]. ووصف مرحلة الشيخوخة بالضعف والشيب؛ فقال سبحانه: ﴿**الله الذي خلقكم من ضعف ثم جعل من بعد ضعف قوة ثم جعل من بعد قوة ضعفاً وشيباً يخلق ما يشاء وهو العليم القدير**﴾ [سورة الروم: ٥٤]. وإذا زاد الإنسان في الكبر، وصل إلى أرذل العمر، قال تعالى:

---

(١) المسن في اللغة: الرجل الكبير، قال ابن منظور: " أسنَّ الرجل: كبر، وكبرت سنه. يُسنُّ إسناناً فهو مُسنّ" وهـرم: وكهل" هو " أقصى الكبر" لسان العرب (بيروت، دار صادر، بدون تاريخ) جـ١٢ص ٦٠٧، جـ١٣ ص ٢٢٢. وفي الاصطلاح: عرفه البعض "من دخل طور الكبر" والكبر" حقيقة بيولوجية تميز التطور الختامي في دورة حياة البشر". كمال أغا: مشكلات التقدم في السن في (التقدم في السن – دراسة اجتماعية نفسية) تحرير: عزت إسماعيل (الكويت، دار القلم، ١٤٠٤هـ) ص ١٥٧. وذهب البعض بأن المسّن هو: " كل فرد أصبح عاجزاً عن رعاية نفسه وخدمتها إثر تقدمه في العمر، وليس بسبب إعاقة أو شبهها". عبد الله بن ناصر السدحان: رعاية المسنين في الإسلام(الرياض، العبيكان، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ- ١٩٩٨م،) ص ١٦.

﴿ والله خلقكم ثم يتوفاكم ومنكم من يُرَدُّ إلى أرذل العمر لكي لا يعلم بعد علم شيئاً إن الله عليم قدير﴾ [النحل: ٧٠].

وأرذل العمر، هو الهَرَمُ؛ لأنه ينقص قوته، وعقله، ويصيره إلى الخَرَفَ، ويرجع إلى حالة الطفولية فلا يعلم ما كان يعلم قبل من الأمور لفرط الكبر[١].

ورد في السنة عن أبي هريرة عنه قال: قال رسول الله ﷺ : "عمر أمتي من ستين إلى سبعين سنة"[٢] والحديث يحدد متوسط عمر أبناء الأمة الإسلامية من ستين سنة إلى سبعين، ولم يحدد بداية سن الشيخوخة للفرد لتعذر وضع حد زمني دقيق بين مراحل العمر المختلفة، ولأن أعراض بدء الشيخوخة تختلف باختلاف الأفراد والبيئات المختلفة، وأن كان بعض الباحثين في علم الاجتماع يحدد المسن: بمن تجاوز عمره الستين[٣]، وأيضاً بعض الفقهاء يحددون عمر الشيخ من الستين لآخر العمر في إطار الأحكام الفقهية من وصية أو وقف أو غيرها[٤] وتحديد المسن بسن

---

(١) أبو عبد الله محمد الرازي (المتوفى بعد ٦٦٦هـ): تفسير غريب القرآن، تحقيق الدكتور حسين أمالي (أنقرة – تركيا، مديرية النشر التابعة لوقف الديانة التركي، ط١، ١٩٩٧م) ص٣٩٦ مادة (رذل)، وأبو عبدالله محمد القرطبي: الجامع لأحكام القرآن (بيروت، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، ١٤١٦ هـ – ١٩٩٥م) جـ١، ص ١٤٠، ١٤١.

(٢) سنن الترمذي رقم ٢٣٣١ في الزهد، باب: ما جاء في فناء العمر، ورقم ٣٥٤٥ في الدعوات، باب: رقم ١١٣، وسنن ابن ماجه رقم ٤٢٣٦ في الزهد، وإسناده حسن.

(٣) حسان العمري: نحو برامج مواجهة للعمل الاجتماعي مع المسنين في (دراسات وقضايا المجتمع العربي الخليجي) (البحرين، مكتب المتابعة، ١٩٨٥م) ص ٣٥٠، وثريا جبريل: المشاكل التي يعاني منها المسنون في المملكة العربية السعودية ودور الخدمة الاجتماعية في مواجهتها(القاهرة، مجلة الخدمة الاجتماعية، الجمعية المصرية للاخصائيين الاجتماعيين) العددان ٣٤ – ٣٥ السنة ١١، يونيو،١٩٩٢م.

(٤) الدكتور وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدله (دمشق، دار الفكر، ط٢، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م) ج٨ ص ٢١٢.

معينة ضابط يسهل التعامل معه، ويجرى عليه العمل في جامعة الدول العربية وكثير من قوانين البلاد العربية تحدد سن التقاعد بستين سنة(١)

وإن كانت أكبر الهيئات العالمية المتخصصة في شؤون السكان، وهي قسم السكان التابع للأمم المتحدة، تعيد صياغة تعريفاتها المعتمدة، فاصطلاح المسن Elderly يعني الآن "الشخص الذي يبلغ الخامسة والثمانين من العمر أو أكثر، وليس الخامسة والستين كما كان يشير إليه التعريف منذ زمن قريب". (٢)

ووجدت عدة تصنيفات للمسن ولعل من أسهلها:

١- المسن الشاب (Young old) من ٦٠ إلى ٧٤ سنة.

٢- المسن الكهل (old Old) من ٧٥ – ٨٤ سنة.

٣- المسن الهرم ٨٤ سنة فأكثر(٣)

التغيرات المصاحبة للمسن عند تقدم العمر:

تتحصل في التغيرات الجسمية والاجتماعية والنفسية والاقتصادية.

يصاب المسن بتغيرات جسمية بالنقص الوظيفي في جهاز عضوي أو أكثر، وأكثرها وضوحاً ضعف الذاكرة أو فقدانها، ونقص القدرة البصرية، وضعف السمع والشم والحواس بشكل عام، وبطء الحركة، وترهل بعض العضلات وتغير لون

---

(١) علي فؤاد أحمد: الأبعاد الاجتماعية لرعاية المسنين في (رعاية المسنين في المجتمعات المعاصرة) (البحرين، المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العمل والشئون الاجتماعية بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربي، ١٩٩٢م) ص ١٧٨، وأرقام وحقائق عن المسنين في العالم، مرجع سابق، ص ١١.

(٢) الدكتور حسان شمسي باشا: الشيخوخة (مصير... وتحديات) (جدة، منظمة المؤتمر الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي) الدورة الثانية عشرة، ص٣.

(٣) أرقام وحقائق عن المسنين في العالم، مرجع سابق، ص ١١.

الشعر؛ كما أن هناك تغيرات جسمية غير مرئية مثل ما يحدث من ضعف في العظام وانخفاض لحرارة الجسم نتيجة لقلة الحركة، إضافة لارتفاع نسبة أصابتهم ببعض الأمراض كارتفاع ضغط الدم،والسكر، والضعف الجنسي، وتناقص المناعة وضعف المقاومة للأمراض(١)

والتغيرات الاجتماعية لدى المسن فهو يعيش في حالة من الفراغ والشعور بفقدان الانتماء نتيجة لتفرق أولاده في شئون حياهم وانصرافهم في أعمالهم أو أنهماكهم مع أسرهم الجديدة. وتزداد الوحدة شدة مع موت أحد الزوجين ليترك الآخر مترملاً مهيض الجناح، فالوحدة تجربة عاطفية يشعر فيها الفرد ببعده عن الآخرين وقلة المساندة وإنحسار الاتصالات الاجتماعية، وهكذا تتقلص علاقاتهم الاجتماعية ويشرعون في الانسحاب من المجتمع وتتدهور مشاركتهم الاجتماعية، ويسمى "بالاغتراب الاجتماعي" (٢)

والتغيرات النفسية: تسود المسن الكآبة والانقباض النفسي والضيق من الحياة والاستجابة للإثارات النفسية (العناد) وتضعف الذاكرة والقدرة على التفكير والاستنتاج(٣).

والتغيرات الاقتصادية: عادة ما ينخفض دخل المسن لإحالته للتقاعد عند بلوغه السن النظامية، ويقترن ذلك في الغالب بإصابة المسن ببعض الأمراض التي تتطلب

(١) الشـيخوخة (مصـير... وتحديات)، مرجع سابق، ص ٨، والدكتور راشد محمد أبا الخيل الشيخوخة ومراكـز العـناية بالمسنين في العالم (بحث قدم لنيل درجة الدكتوراه من جامعة بوسطن عام ١٩٨٨م) (الرياض، على نفقة المؤلف، ١٤١١هـ- ١٩٩١م) ص ٣٩.

(٢) هالة العمران: التوافق عند المسنين، في (رعاية المسنين في المجتمعات المعاصرة) ص٧١.

(٣) راشد محمد أبا الخيل: مراكز العناية بالمسنين في العالم، مرجع سابق، ص٤١، وهالة العمران، التوافق عند المسنين، مرجع سابق، ص ٧١.

زيارات للأطباء وشراء للأدوية. فهو يعاني نقص في الدخل مع زيادة في الأعباء المالية فضلاً عن الغلاء المتزايد للأسعار وضعف القوة الشرائية للنقود(١).

المبحث الأول
حقوق المسنين في الإسلام

تعريف الحق:

الحقوق جمع حق، والحق هو الواجب الثابت أي ما يلتزم به الإنسان تجاه الله أو تجاه غيره من الناس(٢).

والحقوق في الإسلام منح إلهية تتسم بالكمال والشمول والعموم وأنها غير قابلة للإلغاء(٣)

طبيعة حقوق المسنين:

وحقوق المسنين في الإسلام: عبادة، لأن العبادة اسم جامع لكل ما يحب الله ويرضاه من الأقوال والأعمال الظاهرة والباطنة وتشمل بر الوالدين والإحسان إلى

(١) خـالد الطحان: قضايا الشيخوخة، في (التقدم في السن- دراسة اجتماعية نفسية) تحرير: عزت إسماعيل (الكويت، دار القلم، ١٤٠٤هـ) ص١٣٤.

(٢) الحـق في اللغة: الثابت الذي لا يجوز إنكاره، وهو خلاف الباطل، وحق الله الأمر حقاً: أثبته وأوجبه.. ويطلق على المال، والملك، والموجود. أبو عبدالله الرازي: تفسير غريب القرآن، مرجع سابق، ص ٣٤٦ - ٣٤٨، والفيروز آبادي: القاموس المحيط(بيروت، مؤسسة الرسالة؛ الطبعة السادسة، ١٤١٩هـ) ١٩٩٨م) ص ٨٧٤ مادة (حقق). والقونوي الحنفي توفي ٩٧٨هـ.: أنيس الفقهاء تحقيق أحمد عبدالرزاق الكبيسي (جـدة، دار الوفـاء، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م) ص ٢١٦: والدكتور محمود عبد الرحمن عبد المنعم: معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية (القاهرة، دار القضيلة ١٤١٩هـ-١٩٩٩م) ا ص ٥٧٨، ٥٧٩.

(٣) أنظـر تفصـيل ذلك: الدكتور فؤاد عبد المنعم أحمد: أصول نظام الحكم في الإسلام مع بيان التطبيق في المملكة العربية السعودية (الأسكندرية، مؤسسة شباب الجامعة،١٤١١هـ-١٩٩١م) ص ٢٥٢ - ٢٥٨.

الشيوخ والضعفاء ودفع حاجاتهم وضرراتهم، وتوقير الكبار والعلماء، وإقامة العثرات وغفران الزلات واصطناع المعروف كله دقة وجله[1].

ومن حقوق المسن: حق الكرامة والتوقير، وحق المسن في العمل ما دام قادر عليه، وحق المسن في الرعاية الأسرية، وحق المسن في الرعاية الصحية.

حق المسن في الكرامة والتوقير:

إن الإنسان في عقيدة الإسلام، من أفضل خلق الله وأكرمهم على الله، فقد أسجد له ملائكته حين خلقه، قال تعالى: ﴿**إذ قال ربك للملائكة إني خالق بشراً من طين، فإذا سويته ونفخت فيه من روحي فقعوا له ساجدين، فسجد الملائكة كلهم أجمعون**﴾ [الآيات من ٧١-٧٣] فهو سجود إكرام وإعظام واحترام، وقال ﷻ: ﴿**ولقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً**﴾ [الإسراء: ٧٠] فالمسن له مترلته ومكانته من عموم هذه الآيات، وبين الرسولﷺ المكانة المتميزة للمسلم المسن ذو الشيبة فقال: "من شاب شيبة في الإسلام كان له نوراً يوم القيامة"[2] وقال ﷺ: "إن من إجلال الله تعالى إكرام ذي الشيبة المسلم"[3] وقال "ما شاب رجل في الإسلام شيبة إلا رفعه الله بها درجة

---

(١) شيخ الإسلام ابن تيمية: مجموع الفتاوى جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد القاسم وولده محمد (المملكة العربـية السعودية، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف، عام ١٤١٦هـ ١٩٩٥م) جـ ١٠ ص ١٤٩، ١٥٠، والعز بن عبد السلام: القواعد الكبرى، مرجع سابق،جـ١ ص٢٢٧ – ٢٢٩.

(٢) ابن العربي (الفقيه المالكي): عارضة الأحوذي لشرح صحيح الترمذي (بيروت، دار الكتاب العربي، دون تاريخ) جـ٧، ص ١٣٠. وقال الترمذي: حديث حسن صحيح غريب.

(٣) البخاري: الأدب المفرد، تحقيق كمال الحوت (بيروت، عالم الكتب، ١٤٠٥هـ) ص ١٣٠.

ومحيت عنه بها سيئة وكتب له بها حسنة"[١] وقالﷺ: " الخير مع أكابركم"[٢]وقال:" خياركم أطوالكم أعماراً وأحسنكم أعمالاً"[٣]وقالﷺ: "ليس منا من لم يَرْحَمْ صغيرنا ويُوَقِّرْ كبيرنا" [٤]وقالﷺ " يُسَلِّمُ الصغير على الكبير" [٥].

فمن مظاهر الاحترام والتوقير للمسن: القيام من الصغير للكبير لدى دخوله ولاسيما إذا كان عالماً أو فقيهاً أو حافظاً للقرآن، وعدم الكلام في المجلس إلا بإذنه، وإجلاس الكبير في صدر المجلس ممن هم أصغر منه، ومخاطبته بأدب وتلطف واحترام. وقد أفرد البخاري ثلاثة أبواب في بيان" باب فضل الكبير" و "باب إجلال الكبير" و "باب يبدأ الأكبر بالكلام والسلام"[٦].

---

(١) ابن ماجه: سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي(بيروت، المكتبة العلمية، دون تاريخ) جـ٢، ص ١٢٢٦قال الألباني: حديث حسن صحيح. انظر صحيح سنن ابن ماجه (بيروت، المكتب الإسلامي ١٤٠٨هـ) ص ٣٠٤.

(٢) ابن حجر العسقلاني: مختصر زوائد مسند البزار، تحقيق صبري عبد الخالق (بيروت، مؤسسة الكتب الثقافية، ١٤١٢هـ) جـ٢، ص١٨٨. وقال الزرقاني: صحيح. انظر مختصر المقاصد الحسنة، تحقيق محمد الصباغ(بيروت، المكتب الإسلامي) ص ٨٢، وأورده الألباني في صحيح الجامع الصغير (بيروت، المكتب الإسلامي، ١٤٠٢هـ) جـ٣ رقم ٢٨٨١.

(٣) الإمام أحمد بن حنبل: المسند تحقيق محمد سليم سماره وزملائه (بيروت، المكتب الإسلامي، ١٤١٣هـ) جـ٢، ص ٣١٠.

(٤) عارضة الأحوذي، مرجع سابق، جـ٨، ص ١٠٧.

(٥) الإمام البخاري: صحيح البخاري تحقيق مصطفى البغا (بيروت، دار القلم،١٤١٠هـ) جـ٥، ص ٢٣٠٢ رقم ٥٨٨٠.

(٦) الأدب المفرد، مرجع سابق، ص ١٣٠.

إن للمسن في الإسلام مكانة لا تدانيها مكانة فلا يجوز التأفف منه أو انتهاره، ولا يخاطب إلا بالقول الكريم، ولا يعامل إلا بالتوقير والإحسان(١). وإذا وقع على المسن إيذاء مادي أو معنوي بالاستهزاء أو السخرية كان معصية يعزر ويؤدب فاعلها.

حق المسن في العمل ما دام قادراً عليه:

من حق المسن أن يمكن من الكسب الحلال ما دام يستطيع العمل(٢)ولو بعد سن التقاعد وقد حث الإسلام على العمل، قال الله تعالى: ﴿ **وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون**﴾ [التوبة: ١٠٥]. وقال الرسولﷺ: " أعملوا فكل ميسر لما خلق له"(٣). فلا يستهان بأي عمل قدَّمه الكبير، إذا كان يصلح نواة للتعديل، والإكمال، والتحسين والإنهاء، ولا يصح حجب العمل عن الكبير أو منعه من ممارسة الوظيفة المناسبة لإمكانه وطاقاته الفكرية وإسهامه في الإنجازات المختلفة بحسب الميول والخبرات، دون إرهاق جسده أو توريث الوهن والضعف في قواه البدنية، فحينئذ لا نحمله ما لا يطيق؛ فإن جميع التكاليف الشرعية والدنيوية تعتمد على الطاقة أو الاستطاعة، قال الله ﷻ: ﴿**لا يكلف الله نفساً إلا وسعها**﴾ [البقرة: ٢٨٦] وقال سبحانه:﴿**فاتقوا الله ما استطعتم، واسمعوا وأطيعوا...**﴾ [التغابن:١٦]. وقال ﷺ:"فإذا كلفتموهم فأعينوهم"(٤)والتكليف أياً كان نوعه يعتمد على وجود

(١) إعلان الكويت حول حقوق المسنين ص١١ضمن البيان الختامي والتوصيات حول حقوق المسنين من منظور إسلامي (جدة، منظمة المؤتمر الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي) الدور الثانية عشر.

(٢) محمد بن الحسن الشيباني وشمس الأئمة السرخسي: كتاب الكسب وشرحه، تحقيق عبدالفتاح أبو غدة (حلب – سوريا، مكتب المطبوعات الإسلامية، ط١، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م) ص٧١،٧٠.

(٣) الحاكم النيسابوري: المستدرك على الصحيحين (الرياض، السعودية، مطبعة النصر، دون تاريخ). جـ٢، ص ٤٦١.

(٤) صحيح البخاري، مرجع سابق، ١: ٢٠ رقم ٣٠ في الإيمان، باب: المعاصي من أمر الجاهلية، ومسلم ٣: ١٢٨٢ رقم ١٦٦١ في الإيمان والنذور، باب: إطعام المملوك مما يأكل.

وقال ﷺ:"فإذا كلفتموهم فأعينوهم"[1]والتكليف أياً كان نوعه يعتمد على وجود المشقة المعتادة، دون المشقة غير المعتادة. أما المعتادة: فهي المشقة التي يستطيع الإنسان تحملها دون إلحاق الضرر به، وهذه لم يرفعها الشارع من التكاليف، وهي أمر واقع، فإن كل عمل في الحياة لا يخلو من مشقة، وأما غير المعتادة أو الزائدة: فهي التي لا يتحملها الإنسان عادة، وتفسد على النفوس تصرفاتها، وتخل بنظام حياتها، وتعطل عن القيام بالأعمال النافعة غالباً، وهذه لم يقع التكليف بها شرعاً، منعاً من الوقوع في الحرج والعنت والأذى.

وإذا عاملنا كبار السن بهذه الروح الطيبة والمشاركة الفاعلة، فإننا نكسب منهم المزيد، مع تنامي الخبرات، ونحميهم من الاسترخاء والكسل الذي يؤدي عادة إلى كثرة الهموم والقلاقل والأمراض وضعف الجسم، ونسهم بهذه المشاركة في ملء الفراغ لديهم، و إشعارهم بكرامتهم وذاتيتهم وأهميتهم في الحياة، دون أن يحسوا بأنهم أصبحوا ثقلاء أو أعباء على غيرهم، فمن حق المسنين إيجاد الأنشطة، وورشات عمل، ومراكز تدريب مهني في مختلف الاختصاصات، وحشد القادرين منهم على الحركة والعمل فيها، لتدريبهم وتشغيلهم وتوظيفهم، ولو بمقدار أربع ساعات في اليوم، فنفتح أمامهم أبواب الأمل والطموح، ونمكنهم من تجديد حيويتهم واستمرار نشاطهم، والإفادة من خبراتهم وعطاءاتهم، ولو كانت قليلة أو محدودة، وهذا لون من إشراكهم في مسيرة البناء والتعمير والتنمية، التي هي ضرورية في كل دولة. ويؤدي هذا إلى التخفيف من أعباء الإنفاق الصحي والاجتماعي الذي تقوم به الدول، ويسهم في تقليل عبء الموازنة العامة للنفقات العامة، ويساعد

(١) صحيح البخاري، مرجع سابق، ١: ٢٠ رقم ٣٠ في الإيمان، باب: المعاصي من أمر الجاهلية، ومسلم ٣: ١٢٨٢ رقم ١٦٦١ في الإيمان والنذور، باب: إطعام المملوك مما يأكل.

على رفع مستوى الدخل العام. إن العمل للمسن رياضة وشرف وعزة نفس، كيلا تضعف قواه وعزيمته وجسده؛ بل هو مساعد على نمو الملكات العقلية وإذكاء الأفكار، وعلى نشاط الجسد وحيويته(1).

ولايعني ماتقدم عدم ضبط سن للتقاعد؛ بل هو أمر مطلوب وضروري لإتاحة الفرصة للشباب للعمل؛ ولكن لايمنع استثناءً من القاعدة الاستفادة من طاقات وقدرات بعض المسنين في خدمة أنفسهم وأوطانهم.

حق المسن في الرعاية الأسرية:

الأسرة هي النواة الأساسية للمجتمع، ومن حق المسن أن يستمتع بالحياة العائلية في أسرته بين أولاده، وقد أوصى الله بالوالدين خيراً، وأمر ببرهما، وجعل الإحسان إليهما قرين عبادته، قال تعالى: ﴿**وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحساناً...**﴾ [الإسراء: ٢٣] كما جعل شكره قريناً لشكر الوالدين، قال ﷻ: ﴿**ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهناً على وهن وفصاله في عامين أن اشكر لي ولوالديك إلى المصير**﴾ [لقمان: ١٤] وفي ذلك دلالة على أن حقهما من أعظم الحقوق على الولد وأكبرها وأشدها(2) فإذا لم يتوافر للمسن مصدر دخل يكفيه، فإن الإسلام يوجب على أبنائه القادرين نفقة واجبة لتأمين حاجاته الأساسية من الطعام والشراب والعلاج والدواء والإيواء والسكن، واللباس الساتر الملائم، فعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلاً أتى النبيﷺ فقال: يا رسول الله إن لي مالاً

---

(١) الدكتور وهبة الزحيلي: حقوق الأطفال والمسنين (جدة، منظمة المؤتمر الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي)، الـدورة الثانـية عشر ص٣٤، والشيخ محمد علي السايس: تاريخ الفقه الإسلامي، ص٢٥ والموسوعة الفقهية الكويتية٣: ٣٣٢، ٣٢: ٣٤٦، ٣٤٧.

(٢) الشوكاني: فتح القدير (بيروت، دار الفكر العربي، ١٤٠٣هـ) جـ ٤ ص ٢٣٨.

وولد، وإن والدي يحتاج إلى مالي: قالﷺ: " أنت ومالك لوالدك إن أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من كسب أولادكم" (١).

وأجمع أهل العلم على أن نفقة الوالدين الفقيرين اللذين لاكسب لهما، ولا مال، واجبة في مال الولد(٢)؛ بل يلزم الرجل إعفاف أبيه، إذا احتاج إلى النكاح، لأن ذلك مما تدعو حاجته إليه، ويستضر بفقده، فلزم ابنه له، كالنفقة(٣).

ولا يجوز للوالد أن يتخلى عن رعاية والديه أو أحدهما بإيداعهما إلى دور الرعاية الاجتماعية، متعللاً في ذلك بعجز عن رعايتهما لكبرهما أو لعدم استطاعة زوجه رعايتهما، أو رفضها لذلك، أو لكون دخله لا يكفي إلا لنفقة أولاده، أو لكون الدولة توفر لهما رعاية أفضل مما يستطيعه هو؛ لأن ولاية الدولة ولاية عامة وولاية الولد ولاية خاصة، وهذه الولاية أوجب وألزم من الولاية العامة(٤).

ولقد اقتضت أصول الشريعة وقواعدها وجود نوع من الترابط بين أفراد الأسرة، يلم شعثها، ويشدها إلى بعضها، ويشعرها بواجبها نحو أفرادها؛ وذلك بإلزام الغني الإنفاق على المسن الفقير العاجز عن التكسب حماية لهذا القريب المسكين من الضياع وذل المسألة، وإنفاق الغني على الفقير من أقاربه واجب محتم يتعين عليه القيام به، فيعطيه بقدر ما يكفيه؛ فإذا ضاق ماله عن جميع الأقارب بدأ بالأقارب من ورثته وذوي أرحامه.

---

(١) ابن ماجة: سنن ابن ماجة تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي (بيروت، دار الكتب العلمية، بدون تاريخ) جـ٢ ص ٧٦٩ وقال المحقق: رجاله ثقات على شرط البخاري وفي الزوائد إسناده صحيح، وذكره الألباني في صحيح الجامع الصغير حديث رقم ١٤٩٨.

(٢) ابن قدامة : المغني تحقيق الدكتور عبد الله عبد المحسن تركي، والدكتور عبد الفتاح الحلو، (القاهرة: هجر للطباعة والنشر، ط٢، ١٤١٣هـ-١٩٩٢م) جـ١١ ص٣٧٣.

(٣) المغني، المرجع السابق، ص٣٧٩.

(٤) الدكتور عبد الرحمن نفسيه: مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد العاشر، السنة الثالثة، محرم ١٤١٢هـ.

ويشترط لوجوب الإنفاق ثلاثة شروط: أحدها، أن يكونوا فقراء، لا مال لهم، ولاكسب يستغنون به عن إنفاق غيرهم.

الثاني، أن يكون لمن تجب عليه النفقة ما ينفق عليهم، فاضلاً عن نفقة نفسه، إما من ماله، وإما من كسبه.

والثالث، أن يكون وارثاً؛ لقول الله تعالى: ﴿**وعلى الوارث مثل ذلك**﴾[سورة البقرة: الآية ٢٣٣]، ولأن بين المتوارثين قرابة تقتضي كون الوارث أحق بمال الموروث من سائر الناس فينبغي أن يختص بوجوب صلته بالنفقة دونهم[(١)].

ويشترط في وجوب النفقة: المحرمية، أي أنه لابد أن تكون من القرابة التي تحرم النكاح بحيث لو كان أحدهما ذكراً والثاني أنثى تحرم عليه. كما يشترط حاجة القريب الذي يطالب قريبه بالإنفاق فإن لم يكن محتاجاً لا يستحق النفقة، وما دام يجد النفقة الضرورية فإنه لا تجب نفقته على غيره؛ لأن هذه النفقة إنما تجب للضرورة؛ لدفع الهلاك عن القريب فلا تجب ما دام يجد ما يدفع حاجته، ويشترط عجز من يطالب بالنفقة إلا في النفقة الواجبة للأصول على فروعهم فإن العجز عن الكسب ليس بشرط نفقة الأب على ابنه ما دام محتاجاً ولو كان قادراً على الكسب، وكذلك الجد وإن علا سواء كان من جهة الأب أو من جهة الأم، لأن الله سبحانه وتعالى نهى عن إيذاء الآباء، وفي إلزامهم بالعمل إيذاء، ولأن الشرع جعل حقاً في مال الولد لآبائه[(٢)].

---

(١) ابن قدامة: المغني، المرجع السابق، جـ١١ ص٣٧٤، ٣٧٥، وانظر: الدكتور محمد أحمد الصالح: الرعاية الاجتماعية في الإسلام وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية (الرياض، العبيكان، ط١، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م) ص٨٧،٨٦.

(٢) الدكتور محمد أحمد الصالح: الرعاية الاجتماعية في الإسلام وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية (الرياض، العبيكان، ط١، ١٤١٩هـ / ١٩٩٩م) ص٨٦، ٨٧.

وإذا لم يكن للمسن أسرة أو عجزت أسرته عن احتضانه، فمن حقه على المجتمع أن يوفر له جو عائلي، كأن تتعهده أسرة من الأسر، أو يُهيأ له مرافق في منـــزله، أو يعيش في دار للمسنين تتوافر فيها شروط الحياة الكريمة. ومن حق المسن على من تربطهم صلة القربى أو الجوار أو الصحبة أن يعودوه إذا مرض، ويزوره إذا لم يمرض، ويخففوا عنه مشاعر العزلة والوحدة، فالكلمة الطيبة صدقة، وتبسم المرء في وجه أخيه صدقة، وبصره الرجل الرديء البصر صدقة، ورفعه بشده ذراعية مع الضعيف صدقه، وإسماعه الأصم والأبكم حتى يفقه صدقه[1].

حق المسن في الرعاية الصحية:

دعا الإسلام إلى التداوي من الأمراض التي تصيب الإنسان، وكثيراً ما يصاب المسن بأكثر من مرض، وعن جابر بن عبدالله عن النبي ﷺ أنه قال: " لكل داء دواء، فإذا أصيب دواء الداء، برأ بإذن الله عز وجل" [2]، وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال الرسول ﷺ " ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء " [3]وفي لفظ عن ابن مسعود يرفعه: " إن الله ﷻ لم يترل داء إلا أنزل له شفاء، علمه من علمه، وجهله من جهلة" [4].

(١) إعلان الكويت حول حقوق المسنين، مرجع سابق، ص ١١.

(٢) صحيح مسلم: جـ٣، ص ١٧٢٩ رقم ٢٢٠٤ في السلام، باب: لكل داء دواء، واستحباب التداوي.

(٣) صحيح البخاري، مرجع سابق، ٥: ٢١٥١ رقم ٥٣٥٤ في كتاب الطب، باب: ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء.

(٤) مســـند الإمام أحمد بن حنبل أرقام (٣٥٨٧، ٣٩٢٢، ٤٢٣٦، ٤٢٦٧، ٤٣٣٤) وابن ماجه: سنن ابن ماجه رقم ٣٤٣٨ وإسناده صحيح.

عن النبي ﷺ، جاء الأعراب، فقالوا: يا رسول الله، أنتداوي؟ فقال: " نعم يا عباد الله تداووا، فإن الله عز وجل لم يضع داء إلا وضع له شفاء غير داء واحد " قالوا: ما هو" قال: الهرم"[(١)].

وقد راعى الإسلام حالة المسنين فخفف عليهم في العبادات: في الصلاة، إن عجز المسن عن أدائها بصورتها الكاملة شرع له أن يؤديها حسب استطاعته؛ فيمكنه أن يجلس ويصلي دون قيام فقد قال الرسول ﷺ لعمران بن حصين رضي الله عنه: " صل قائماً؛ فإن لم تستطع فقاعداً؛ فإن لم تستطع فعلى جنب" [(٢)]. وإذا شق على المسن الصلاة في أوقاتها لمرض أو ضعف فله أن يجمع، حيث سُئل الإمام أحمد بن حنبل في ذلك فقال: إني لأرجو له ذلك إذا ضعف، وكان لا يقدر على ذلك[(٣)].

وفي الصوم: إذا عجز المسن عن الصوم فإن له أن يفطر ويفدي عن كل يوم أفطره بإطعام مسكين لقوله تعالى: ﴿**وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين**﴾ (البقرة: الآية ١٨٤) والمسن إذا مات ولم يصم رمضان لعجزه من صيامه يقوم أبناؤه أو أولياؤه بالإطعام عنه؛ بل إذا نذر المسن أن يصوم ولم يوف حتى مات يصوم عنه أبناءه أو أولياؤه، بدليل حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله إن أمي ماتت، وعليها صوم نذر، أفأصوم عنها؟ قال: " أرأيت لو كان على أمك دين فقضيته أكان يؤدي ذلك عنها قالت: نعم. قال: فصومي عن أمك"[(٤)]

---

(١) مسند الإمام أحمد بن حنبل، مرجع سابق، ٤: ٢٨٧، وسنن الترمذي رقم ٢٠٣٩ في الطب، باب: ما جاء في الدواء والحث عليه، وإسناده صحيح.

(٢) صحيح البخاري: مرجع سابق، جـ١، ص٣٧٦ رقم ١٠٦٦ في تقصير الصلاة.

(٣) ابن قدامة: المغني (الرياض، مكتبة الرياض الحديثة، دون تاريخ)جـ٢،ص٢٧٧.

(٤) سنن أبي داود رقم ٢٤٠١ في الصوم، وهو موقوف صحيح.

وفي الحج: أجاز الإسلام للمسن النيابة في الحج ولا يلزم النائب في الحج ابناً أو ابنة للمسن، إذ يجوز إنابة الشخص الأجنبي بشرط أن يكون قد حج عن نفسه قبل ذلك وينبني على ذلك ضرورة التخفيف على المسنين في سائر الأعمال التي تتطلب جهداً بدنياً [1].

والرعاية الصحية للمسنين يمكن أن تقدم من خلال مستويين:

١. الرعاية الصحية الأولية، والمتمثلة في حصول المسنين على نصيب عادل من الخدمات الصحية بما يتناسب مع احتياجاتهم.

٢. خدمات طب الشيخوخة، وهذه الخدمات تضم طاقماً متعدد الاختصاصات، ومنهم الطبيب والممرضة والاختصاصي والاجتماعي والنفسي وغيرهم. ولابد من وجود أقسام أو مستشفيات وقفاً على أمراض الشيخوخة، والعناية الصحية بالمسنين ليست محصورة في مستشفى أو عيادة بل هي نظام يمتد إلى المترل والمؤسسات والمجتمع.

قد لا يحتاج بعض المسنين إلى رعاية خاصة، ويستطيعون العناية بأنفسهم، ويملكون زمام أنفسهم واستقلالهم أما من تستدعي حالتهم تقديم هذه العناية، فيجب أن تكون في جميع مجالاتها بدنياً واجتماعياً ونفسياً.

في مجال السكن: توفير الأمان بمكان الإقامة من حيث الكهرباء والإسلاك الكهربائية، وتأمين الغاز، ومعالجة أرضية الحمام والبانيو، بما يمنع أنزلاقهم وسقوطهم. ونصحهم بالامتناع عن التدخين فإن تعذر عليهم ذلك فعليهم عدم

(١) الدكتور عادل رشاد غنيم: معالجة الإسلام لمشكلات المسنين ص ١٩٦ ضمن مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد ٤٧، السنة ١٢، ربيع الآخر – جمادي الآخرة ١٤٢١هـ.

التدخين في الفراش.. حيث قد يستسلم البعض للنوم ومعه سيجارة مشتعلة مما قد تتسبب في حدوث حريق لا تحمد عقابه.

وفي مجال النشاط الاجتماعي:

١. من الأهمية بمكان العمل على استمرار المسن متحركاً بقدر الأماكن مزاولاً أي نشاط مناسب، مشاركاً في الحياة والعطاء، مثبتاً ذاته، وأنه مرغوب فيه، وفي خبرته وعطائه، وإظهار ألوفاء والاحترام له، وتشجيعه على ممارسة نشاطاته وخبراته وأن يشعر أنه ما زال قادراً على العطاء.

٢. ينبغي أن نعمل على تشجيعه على مقابلة الأفراد والزملاء، والقيام بالرحلات غير المرهقة إذا تيسر وسمحت الظروف، وحضور الندوات والمشاركة فيها، وخاصة في موضوعات الساعة، والندوات الثقافية والعلمية والدينية.

٣. إقامة جمعيات يشمل نشاطها الاهتمامات التي تلائم كل متقدم في السن.

٤. قيام الأخصائيين الاجتماعيين، وطلبة الطب،وهيئة التمريض بزيارات دورية لمن لا يستطيع منهم مغادرة المترل. وتخصيص عيادات خاصة برعاية الشيخوخة لمن يستطيع منهم الحضور، تقوم بالكشف الطبي الدوري، وكذلك علاج الحالات المرضية، وتقديم الخدمات التأهيلية مثل النظارات الطبية أو أجهزة السمع أو أجهزة المساعدة على المشي، والتثقيف الصحي للمترددين على تلك العيادات... أي أن يكون هناك تخصص في طب الشيخوخة.

وقد يضطر بعضهم إلى الالتجاء إلى دار المسنين، وقد تكون الإقامة بصفة دائمة

أو تكون نهارية؛ وينبغي أن تعد تلك الأماكن بطريقة علمية مدروسة، تعلم خفايا وأسرار تلك المرحلة من العمر، وكيفية التعامل معها، وألا تتعامل بمفهوم أنها مترل للسكن والطعام أو النوم، و إنما هو مجتمع مثمر في نشاطات وعطاءات.. كل حسب قدرته [١].

المبحث الثاني
واجبات المسنين في الإسلام

واجب المسن الإيمان بالله والاستقامة:

سأل أحد الصحابة -سفيان بن عبد الله الثقفي- قال: قلت: يا رسول الله، قل لي في الإسلام قولاً لا أسأل عنه أحداً بعدك قال: "قل آمنت بالله فاستقم" [٢]. وهو مطابق لقول الله تعالى: **﴿إن الذين قالوا ربنا الله ثم استقاموا تتنزل عليهم الملائكة ألا تخافوا ولا تحزنوا وابشروا بالجنة التي كنتم توعدون۝ نحن أولياؤكم في الحياة الدنيا وفي الآخرة ولكم فيها ما تشتهي أنفسكم ولكم فيها ما تدعون، نزلاً من غفور رحيم۝ ومن أحسن قولاً ممن دعا إلى الله وعمل صالحاً وقال إنني من المسلمين﴾** [الصف: ٣٠-٣٣]. أي وحدوا الله وآمنوا به، ثم استقاموا فلم يحيدوا عن التوحيد، والتزموا طاعته سبحانه وتعالى إلى أن توفوا على ذلك، فلهم البشرى في الحياة الدنيا والفوز برضوان الله والجنة[٣]. فعلى المسن أن يعبد الله وحده لا يشرك به شيئاً، ويؤثر مرضاته على هواه، ويتحبب إليه جهده وطاقته، ويحسن إلى خلقه ما استطاع، ويتمسك بالأخلاق الإسلامية من الوقار، والسكينة، والرحمة، والصبر، والصدق،

---

(١) حسان شمسي باشا، الشيخوخة، مرجع سابق، ص ١٩ – ٢٢.
(٢) صحيح مسلم جـ١، ص ٦٥ رقم ٣٨ في كتاب الإيمان، جامع أوصاف الإسلام.
(٣) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن مرجع سابق، جـ١٥، ص ٣٥٨، ٣٥٩.

وسلامة الصدر من الغل والغش والحقد والحسد. وأصول الخيرات وفروعها يتحصل في الإنصاف من النفس، وبذل السلام، والإنفاق من الإقتار. والإنصاف يوجب على المسن أداء حقوق الله كاملة وموفرة، وأداء حقوق الناس كذلك، وأن لا يطالبهم بما ليس له، ولا يحملهم فوق وسعهم، ويعاملهم بما يحب أن يعاملوه به، ويُعفيهم مما يجب أن يعفوه منه. وإنصاف المسن من نفسه يوجب عليه معرفة ربه، وحقه عليه، ومعرفة نفسه، وما خلقت له. وبذل السلام من المسن يتضمن تواضعه، وأنه لا يتكبر على أحد، بل يبذل السلام للصغير والكبير، والشريف والوضيع، ومن يعرفه، ومن لا يعرفه. والإنفاق من الإقتار، فلا يصدر إلا عن قوة وثقة بالله، وأن الله يخلف ما أنفقه، وعن قوة يقين، وتوكل، ورحمة، وزهد في الدنيا، وسخاء نفس بها، ووثوق بوعد من وعد مغفرة منه وفضلاً، وتكذيب بوعد من يعده الفقر، ويأمر بالفحشاء[(١)]. وعن عبدالله بن عمر، أن رجلاً سأل رسول الله ﷺ أي الإسلام خير؟ قال: تُطعم الطعام. وتَقرأ السلام على من عرفت ومن لم تعرف، وعنه أيضاً يقول: أن رجلاً سأل رسول الله ﷺ أي المسلمين خير؟ قال: "من سلم المسلمون من لسانه ويده" [(٢)]إذا كان المسن يريد السعادة الشخصية، فلا سعادة بغير سكينة نفس، ولا سكنية بغير إيمان. وإن كان يريد الحياة النظيفة، فلا نظافة بغير استقامة ولا استقامة بغير إيمان. الإيمان ضرورة للمسن ليطمئن ويسعد ويرقى [(٣)].

---

(١) ابن قيم الجوزية: زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق شعيب الأرنؤوط وعبد القاد الأرنؤوط (بيروت،مؤسسة الرسالة، ط٣، ١٤١٩هـ- ١٩٩٨م) جـ١ ص ٦٥، ٦٦،جـ٢،ص٣٧٢- ٣٧٥.

(٢) صحيح مسلم جـ١، ص ٦٥ رقم ٣٩،٤٠ في كتاب الإيمان، باب: بيان تفاضل الإسلام وأي أموره أفضل.

(٣) الدكتور يوسف القرضاوي: الإيمان والحياة (بيروت، مؤسسة الرسالة، ط١٩،١٤١٩هـ - ١٩٩٨م) ص٣٠٧،٣٠٦.

واجب المسن التوبة إلى الله :

وما من مخلوق إلا وقدر الله عليه أن يرتكب إثماً ويقترف خطأ، وما من مخلوق إلا وقدر أمر بالتوبة إلى الله، والرجوع عما اقترفه من الآثام، والاستغفار منها، والإنابة إلى الله سبحانه، فعن أنس بن مالك ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: " كل بني آدم خطاء، وخير الخطائين التوابين"، وقد حث الإسلام على التوبة، قـال تعالى: ﴿**إن الله يحب التوابين ويحب المتطهرين**﴾ [البقرة: الآية ٢٢٢]. وقال ﷻ: ﴿**يا أيها الذين آمنوا توبوا إلى الله توبة نصوحا عسى ربكم أن يُكفر عنكم سيئاتكم ويُدخلكم جنات تجري من تحتها الأنهار يوم لا يُخزي الله النبي والذين آمنوا معه نورهم يسعى بين أيديهم وبأيمانهم يقولون ربنا أتمم لنا نورنا وأغفر لنا إنك على كل شيء قدير**﴾ [التحريم:٨].

وشروط التوبة النصوح: هي الندم على ما سلف منه في الماضي، والإقلاع عنه في الحال، والعزم أن لا يعاوده في المستقبل، وأداء حقوق العباد. [١] وعليه الإكثار من الاستغفار ودوام ذكر الله عز وجل بالأدعية المأثورة عن الرسول ﷺ.

واجب المسن شغل الفراغ بالتفقه في الدين :

روي عن معاوية بن أبي سفيان ﷺ قال: سمعت النبي ﷺ يقول: "من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين"[٢]، أي يفهم مبادئ الإسلام وتعاليمه ويعمل بها ففيها خير الدنيا والآخرة وتجعله على استعداداً للقاء الله في يسر وسهولة.

---

(١) ابن قيم الجوزية: مدارج السالكين وتهذيبه لعبد المنعم صالح العلي (دمشق، دار قتيبة، ط٢، ١٤١٧هـ – ١٩٩٧م) ص ١٢١، ١٢٣، ١٢٥وفيها " من علامات التوبة المقبولة: أن يكون بعد التوبة خيراً مما كان عليه قبلها، وأنه لا يزال الخوف مصاحباً له لا يأمن مكر الله طرفة، وإنخلاع قلبه، وتقطعه ندماً وخوفاً"

(٢) صحيح البخاري، مرجع سابق، كتاب العلم، باب: من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين، مـــ١ ص٣٩ رقم ٧٠، وصحيح مسلم، مرجع سابق، في الزكاة، باب النهي عن المسألة، رقم: ١٠٣٧.

ويجب على المسن أن يشغل فراغه بفقه الشرع والعمل به قدر جهده وأن يكون المسن قدوة حسنة.

وإن من واجبات المسن تجاه أسرته تقديم المشورة والنصح لهم، والنصح لمجتمعه، وأن يجعل رصيده خبراته وتجاربه وعلمه في خدمته والإصلاح بين الناس.

المبحث الثالث
الحماية النظامية للمسنين في المملكة العربية السعودية

الدستور والأنظمة المرعية في المملكة:

دستور المملكة العربية السعودية كتاب الله وسنة رسولهﷺ ويُستمد الحكم منهما ومن النظام الأساسي للدولة والأنظمة المرعية الصادرة من ولي الأمر، والتي تتفق مع مقاصد الشريعة العامة ومبادئها الكلية ولا تخالف دليلاً قطعياً تفصيلاً من الكتاب والسنة.

وتُطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً لما دلَّ عليه الكتاب والسنة وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة[1]. ويحق للمسن العاجز الالتجاء إلى المحاكم الشرعية للحصول على النفقة شاملة نفقات الدواء من الأبناء والأقارب بالمعنى الواسع فتشمل الآباء والأجداد والجدات والأبناء وأبناء الأبناء، وأبناء البنات، مهما نزلوا، وتشمل الأخوة

---

(١) انظر النظام الأساسي للحكم رقم ١/ ٩٠ التاريخ ١٤١٢/٨/٢٧هـ، المواد ٧، ٤٨/١، والدكتور منير عبد الحميد هارون: المملكة العربية السعودية الشريعة الإسلامية تحكم، دار الخدمات الإعلامية، ١٤١٤ هـ، ص ٧٦.

والأخوات وأولادهم، وأعمام الأب وعماته، وأولادهم، وأعمام الجد وعماته وهكذا، مهما بعدت درجة القرابة. إن القريب العاجز لا يعدم أن يجد من هؤلاء من يستطيع طلب النفقة منه، ويلزمه القضاء بالإنفاق، وهو من تحقيق التكافل الاجتماعي في الأسرة بأقصى مدى.

وإذا لم يكن في القرابة قاصيها ودانيها من يستطيع الإنفاق على الفقير العاجز فعندئذ ينتقل الوجوب من الأسرة الصغيرة إلى الأسرة الكبيرة، ممثلاً في الدولة.. التي تنفذ التكافل الاجتماعي فيه على أكمل الوجوه[1].

وقد أكد النظام الأساسي للحكم على أن " الأسرة هي نواة المجتمع السعودي، ويربى أفرادها على أساس العقيدة الإسلامية وما تقتضية من الولاء والطاعة لله ولرسوله ولولي الأمر، واحترام النظام وتنفيذه..."

وتكفل الدولة حق المواطن وأسرته في حالة الطوارئ والمرض والعجز والشيخوخة، وتدعم نظام الضمان الاجتماعي، وتشجع المؤسسات والأفراد على الإسهام في الأعمال الخيرية. وتيسر الدولة مجالات العمل لكل قادر عليه، وتسن الأنظمة التي تحمي العامل وصاحب العمل".

و "تعني الدولة بالصحة العامة، وتوفر الرعاية الصحية لكل مواطن" [2]

الحماية الاقتصادية للمسنين في المملكة العربية السعودية:

يتم ذلك من خلال ثلاثة أنظمة هي: نظام التقاعد، ونظام التأمينات، ونظام الضمان الاجتماعي.

---

(١) الدكتور محمد عبد اللطيف الفرفور: حقوق الشيوخ والمسنين وواجباقم في الإسلام (جدة، منظمة المؤتمر الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي) الدورة الثانية عشر، ص٧٠.

(٢) النظام الأساسي للحكم المواد ٩، ٢٧، ٢٨، ٣١.

١- نظام التقاعد:

يغطي فئة موظفي الدولة المنخرطين في وظائف مدنية أو من كان ملتحقاً في السلك العسكري وقد صدر في ١٣٨١/٢/١٩هـ نظام مستقل للموظفين المدنيين، وأدخلت عليه عدة تعديلات مواكبة التطور الاقتصادي والاجتماعي الذي تعيشه المملكة العربية السعودية (١٣٩٣هـ) كما أدخلت عليه تعديلات أخرى في عام (١٤٠٣هـ).

ونظام التقاعد في المملكة نظام تأمين اقتصادي لمن بلغ الستين من العمر أو عجز عن العمل، فهو ليس بنظام توفير؛ لأن الدولة ملزمة بضمان دخل للموظف الذي يترك وظيفته بسبب الكبر أو العجز، بغض النظر عن المبالغ التي استوفتها منه خلال عمله الحكومي[١].

وحدد النظام سن التقاعد للموظفين المدنيين ببلوغ الستين من العمر كحد أقصى لوجوب الإحالة على التقاعد؛ وهناك فئات مستثناة من هذا السن بموجب أنظمة خاصة بهم[٢]وحدد نظام التقاعد كيفية صرف المستحقات التقاعدية، حيث يتم حسم نسبة من راتب الموظف الشهري تعادل (٩%) من الراتب الأساسي، كما تخصص وزارة المالية والاقتصاد الوطني حصة مماثلة لما يؤديه الموظف. وراعى النظام الحقوق المالية للمتقاعد على أسس ثلاثة: هي مدة الخدمة، ومقدار الراتب الشهري قبل التقاعد، وأسباب الإحالة على التقاعد؛ فمقدار الراتب التقاعدي يتأثر

---

(١) نظام التقاعد المدني والمذكرة الإيضاحية (الرياض، مطبعة الحكومة،١٣٩٤هـ)ص١٠.

(٢) عبد العزيز الغريب: المتقاعدون (بعض مشكلاتهم الاجتماعية ودور الخدمة الاجتماعية في مواجهتها (الرياض، مطابع نجد، ١٤١٥هـ) ص١١٩، ومن الفئات المستثناة من هذا السن مثل: القضاة، والوزراء، وشاغلوا وظائف الإرشاد الديني، ورؤساء وأعضاء هيئات الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والفراشون بالحرمين الشريفين، وحفاظ القرآن الكريم القائمون على تدريسه، وقصاصوا الأثر، والعمد.."

بعدد سنوات الخدمة، فكلما زادت سنوات الخدمة أدى إلى زيادة مقدار الراتب التقاعدي، ويعني ذلك تقدير لكل من تقدم به العمر في الوظيفة تقديراً مادياً. ويوفر النظام للمتقاعد وأسرته الحياة الكريمة بعد تقدمه في العمر وعجزه عن العمل[1].

٢- نظام التأمينات الاجتماعية:

صدر أول نظام للتأمينات الاجتماعية في المملكة العربية السعودية في ٦/٩/ ١٣٨٩هـ، ثم صدر نظام جديد بموافقة مجلس الوزراء في ١٧شعبان ١٤٢١هـ على أن يعمل به بعد شهرين من نشره في الجريدة الرسمية.

ويُطبق نظام التأمينات الاجتماعية بنظامه الجديد على العمال السعوديين بالقطاع الخاص والحكومي كما هو سابقاً إلا أنه يمكن الاشتراك اختيارياً لأصحاب المهن الحرة، والذين يعملون لحسابهم الخاص، والحرفيين، والعاملين بخارج المملكة.

وفيما يخص الاشتراكات فالنظام السابق ١٣% موزعة على ٨% من صاحب العمل، ٥% من المؤمن عليه، والنظام الجديد ١٨% موزعة على ٩% من صاحب العمل، ٩% من المشترك سيتم دفعها بالتدريج فتبدأ بنسبة ٦% ثم ترفع بعد سنة إلى ٧,٥% وبعد سنة أخرى إلى ٩%، ويتحمل المشتركون اختيارياً كامل قيمة الاشتراكات ١٨%، والعمر عند بداية الاشتراك كان النظام السابق يطبق مهما كان العمر والنظام الجديد يشترط أن يكون أقل من ستين سنة عند بدء تطبيق النظام عليه ويستثنى من ذلك من سبق خضوعه و لم يحصل على معاش فإنه يطبق عليه النظام أياً كان عمره لتمكينه من الحصول على معاش إما إذا كان سبق استحق معاشاً فخضوعه اختياري بشرط إلا يكون قد بلغ سنه الخامسة والستين في تاريخ العودة.

---

(١) نظام التقاعد المدني، والمذكرة الإيضاحية، مرجع سابق، ص٢١.

ولشروط استحقاق معاش التقاعد كان النظام السابق يتطلب:

١- التوقف عن ممارسة أي نشاط خاضع للنظام.

٢- اشتراك ١٢٠ شهراً منها ٣٦ شهر خلال السنوات الخمس الأخيرة لطلب المعاش أو ١٨٠ شهراً متصلة أو متقطعة.

٣- بلوغ سن الستين.

ويتطلب النظام الجديد:

١- التوقف عن ممارسة أي نشاط خاضع للنظام.

٢- توفر ١٢٠ شهر متصلة أو متقطعة.

٣- بلوغ سن الستين.

وقد ورد في النظام الجديد ميزة معاش التقاعد المبكر، فيمكن الحصول على معاش قبل بلوغ الستين إذا أكمل ٣٠٠ شهر اشتراك، ويحق للمرأة الحصول على معاش في سن الخامسة والخمسين متى توافر لديها ١٢٠ شهر اشتراك.

كما أن النظام الجديد ورد به ميزة أخرى هي إمكانية ضم مدة اعتبارية في الحالات التي يبلغ المشترك فيها سن الستين دون أن يستكمل المدة المؤهلة لاستحقاق معاش التقاعد فإنه يجوز له ضم مدة اعتبارية إلى مدة اشتراكه متى بلغت مدة اشتراكه خمس سنوات على الأقل على إلا تتجاوز المدة المضمومة خمس سنوات أو المدة اللازمة لاستحقاق المعاش أيهما أقل على أن يؤدي الاشتراكات عن هذه المدة.

ويُحسب المعاش في النظام السابق على أساس مجموع الأجور التي أُديت على أساسها الاشتراكات في الأربع والعشرين شهراً الأخيرة مقسومة على ٢٤ أما النظام الجديد ذات الحكم بشرط إلا يتجاوز هذا المتوسط ١٥٠% من أجر الاشتراك في بداية السنوات الخمس الأخيرة من مدة الاشتراك، إذا لم يكن أجر الاشتراك قد تدرج في حدود اللائحة تطبيقاً لأحكام النظام، ويضرب في سنوات الاشتراك ويضرب (×) في ١/٥٠ أما النظام الجديد: متوسط الأجر خلال السنتين الأخيرتين × في عدد سنوات الاشتراك × ١/٤٠. وفيما يتعلق بمعاش التقاعد كان النظام السابق لا يوجد به حد أدنى ولا يوجد حداً أعلى أما النظام الجديد فجعل الحد الأدنى ١٥٠٠ريال شهرياً، والحد الأعلى هو متوسط الأجر الذي حسب على أساسه المعاش[1].

ويُعد نظام التأمينات الاجتماعية تطبيقاً للتكافل الاجتماعي في الإسلام ومظهر من مظاهر البر والتقوى بكفالة حق للمؤمن عليه في الحصول على دخل يعوضه عما فقده بسبب بلوغ سن الشيخوخة، وقد بلغ معاشات الشيخوخة ٦٤% من مجموع المبالغ المنصرفة للسعوديين من فرع المعاشات طول الفترة الممتدة من عام ١٣٩٥ هـ وحتى عام ١٤١٧هـ، وبلغت حالات الشيخوخة للسعوديين التي ترعاهم

(١) نظام التأمينات الاجتماعية (الرياض، المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، الطبعة السابقة،١٤١٢هـ) ص ١٥، ٢٤، ٣٦، وجريدة عكاظ، السنة الثانية والأربعون، العدد ١٣٤٩٨، الثلاثاء ١٨ شعبان ١٤٢١هـ — ١٤ نوفمبر ٢٠٠٠م ص٩، والعمل بالنظام الجديد للتأمينات الاجتماعية يبدأ من محرم ١٤٢٢هـ.

المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية رعاية اقتصادية من خلال معاشات الشيخوخة(٢٢٩٦٢) حالة من السعوديين[١].

٣- الضمان الاجتماعي:

صدر المرسوم الملكي رقم١٨/١٩/١في١٨/٣/١٣٨٢هـ،٣٢ في٢٠/١/١٣٨٥هـ بنظام الضمان الاجتماعي ويستفيد منه فئة المسنين أو من عجز عن العمل بسبب الشيخوخة فقد نصت المادة الأولى/ب أن من الأشخاص الذين لهم الحق في الحصول على معاش: العاجزون عن العمل عجزاً كلياً بسبب الشيخوخة.. ونصت المادة "٣" يستحق معاش العجز بسبب الشيخوخة كل من تجاوز الستين من عمره، وأثبت الفحص الطبي عدم قدرته كلياً على العمل".

والضمان الاجتماعي هو التزام من الدولة نحو أفراد شعبها، فهو لا يتطلب من المواطنين دفع أقساط مقدماً، وإنما تلتزم الدولة مد العون والمساعدة للمحتاجين من الحالات التي تتطلب ذلك ومنها الشيخوخة، طالما لم يكن لهم دخل أو مورد رزق يوفر لهم الكفاية [٢]

فقد كان الرسولﷺ يدفع للمحتاج من بيت المال ما يسد حاجته وما يوفي به الحقوق المرتبة في ذمته للآخرين فقد قالﷺ "من ترك مالاً فلورثته ومن ترك ديناً أو ضياعاً فعلى وإليّ وأنا أولى بالمؤمنين" [٣] وقال ﷺ "ما من عبد يسترعيه الله رعية،

(١) التقرير الإحصائي السنوي الثامن عشر (الرياض، المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، ١٤٢١هـ) ص ٢٣٤، وعبدالله ناصر السدحان: رعاية المسنين في المملكة العربية السعودية (الرياض، وزارة العمل والشئون الاجتماعية، ١٤٢٠هـ) ص ٦٥.

(٢) نظام الضمان الاجتماعي (الرياض، مطابع الحكومة، ١٣٩٨هـ) ص٣، والدكتور محمد أحمد الصالح: الرعاية الاجتماعية في الإسلام، مرجع سابق، ص ٢٦٧، ٢٠٩.

(٣) صحيح سنن ابن ماجه، مرجع سابق، جـ٢، ص ٥٣.

فلم يحطها بنصحه، إلا لم يجد رائحة الجنة"(١) ومعنى "لم يحطها": لم يتعهد أمرها ويحفظها.

ولقد مرت إعانات الضمان (المعاشات والمساعدات) بأربع مراحل بدأً المعاشات والمساعدات الضمانية بمبلغ يتناسب مع الظروف التي كانت سائدة وكافية لمستوى المعيشة وقت صدور النظام، ثم زيدت عام ١٣٩٤هـ، كما زيدت عام ١٣٩٦هـ، وفي عام ١٤٠١هـ تم رفع قيمتها. ثم صدر قرار مجلس الوزراء - في عهد خادم الحرمين الشريفين - رقم ٧٥ في ١٤١٣/٦/٦هـ برفع معاشات ومساعدات الضمان بنسبة تتراوح بين ١٣٨% و٤٣% فأصبح معاش العائل (٥٤٠٠) ريال، أما الأسرة المكونة من سبعة أفراد فتستحق معاشاً سنوياً قدره (١٦٢٠٠) ريال. وقد لاقت هذه المكرمة صدى واسعاً لدى المستفيدين، وحققت لهم مستوى من المعيشة يتناسب مع ارتفاع تكاليف الحياة ومتطلبات أسرهم (٢). وتدفع الدولة عن طريق الضمان الاجتماعي المبالغ الطائلة؛ لتضمن استمرار ذلك التوجه الاجتماعي الإيجابي للمسنين وكبار السن أو من عجز عن العمل بسبب الشيخوخة، وتواصلاً مع تسهيل الأمور على كبار السن، وإيصال حقوقهم الضمانية إليهم بكل تيسير، صدر قرار مجلس الوزراء الذي ينص على قيام مكاتب الضمان الاجتماعي بصرف مستحقات كبار السن في منازلهم، ولا يلزمون بالحضور إلى مكاتب الضمان الاجتماعي(٣).

---

(١) صحيح البخاري، مرجع سابق، جـ٦ ص ٢٦١٤ رقم ٦٧٣١ في الأحكام، باب من استرعى عليه فلم ينصح.

(٢) التقرير الإحصائي السنوي الشامل لعام ١٤١٥/ ١٤١٦هـ (الرياض، وزارة العمل والشئون الاجتماعية، ١٤١٧هـ) ص ٢٥.

(٣) عبد الله ناصر السدحان: رعاية المسنين في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص ٦٨، ٦٧.

الحماية (الرعاية) الاجتماعية المفتوحة للمسنين في المملكة العربية السعودية:

تقدم هذه الرعاية المفتوحة إلى المسنين الأصحاء، وتؤدي إلى كسر عزلة المسن وجعله يشارك بإيجابية وباندماج متكامل مع المجتمع، ويتم ذلك عبر المراكز الاجتماعية المفتوحة، مثل: مركز الأمير سلمان الاجتماعي بالرياض الذي يعد إحدى الجمعيات الخيرية التي تشرف عليها وزارة العمل والشئون الاجتماعية [(١)].

الحماية (الرعاية) الإيوائية الشاملة للمسنين في المملكة العربية السعودية:

تقدم للمسن الذي لا يوجد من يرعاه، ويقدم هذا النوع من الرعاية في المؤسسات الإيوائية وهي دور الرعاية الاجتماعية الحكومية والأهلية وأثبتت الدراسات أن الغالبية العظمة من المسنين المقيمين في دور الرعاية الاجتماعية هم ممن لا عائل لهم، ولا يوجد من أبنائهم أو من أقاربهم من يقوم برعايتهم، فتقوم الدولة عبر دور الرعاية الاجتماعية لتقديم الرعاية الشاملة، وتشمل الرعاية الاجتماعية، والنفسية، والطبية، وهذه خاصة لمن لا يوجد من يقوم برعايته من أفراد أسرته أو أقاربه الذين تلزمهم رعايتهم شرعاً.

وتقع دور الرعاية الاجتماعية تحت إشراف وكالة الشئون الاجتماعية، وقد روعي عند إنشاء هذه الدور أن تكون قريبة إلى حياة الأسرة الطبيعية يتمتع فيها المسن بنوع من الاستقلالية في المعيشة، ويشعر فيها بالألفة والمحبة والراحة النفسية، وأن يتوفر فيها السكن والتغذية وأوجه الرعاية المختلفة التي يحتاج إليها كبير السن في هذه المرحلة من عمره[(٢)].

---

(١) رعاية المسنين في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص٧٠.

(٢) عبدالله ناصر السدحان: رعاية المسنين، المرجع السابق، ص ٨٣ – ٨٨.

الخـاتـمة

يتضح لنا من خلال هذا البحث:

١- سمو الشريعة الإسلامية، وأنها صالحة لكل زمان ومكان، وشاملة لشؤون البشر كله لا يعتريها نقص ولا تبديل ولقد جاءت لحفظ الإنسان ومراعاته في كل مرحلة من مراحل حياته ومنها مرحلة الشيخوخة حتى لا يتعرض لذل ولا هوان ولا هلاك حتى ضمنت له حياته في ظل أسرته ومجتمعه، وقد أسست الشريعة مبدءاً عظيماً، في الوقت الذي عجزت القوانين الوضعية على الوصول إليه، وهذا المبدأ هو التكافل الاجتماعي ولقد وسعت الشريعة هذا المبدأ الذي شمل الفرد والأسرة والمجتمع بأسرة.

٢- إن حقوق المسنين وواجباتهم عبادة وقربى لله تعالى.

٣- كفلت الشريعة للمسنين حق الحياة الكريمة التي يحقق فيها الأمن الاقتصادي والرعاية الصحية والاجتماعية دخل الأسرة، فإن تعذر ذلك تقوم الدولة مقامها.

٤- أن أهم واجبات المسن هو إخلاص الإيمان لله والاستقامة والتوبة، والمسارعة في العمل الصالح، وشغل الفراغ بالتفقه في الدين وأن يكون قدوة حسنة لأولاده وأحفاده وللمجتمع.

٥- أن الحماية النظامية لحقوق المسنين في المملكة العربية السعودية جاءت تطبيقاً سليماً لمبادئ الإسلام في التكافل الاجتماعي في نظـام التقاعد، ونظام التأمينات الاجتماعية، ونظام الضمان الاجتماعي.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين،،،

المـــراجـــــع

- الألباني، محمد ناصر الدين، صحيح الجامع الصغير، المكتب الإسلامي، بيروت،١٤٠٢هـ.
- الألباني، محمد ناصر الدين، صحيح سنن ابن ماجه، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٨هـ.
- ابـــن العربي، أبو بكر محمد بن عبدالله، أحكام القرآن تحقيق على محمد البجاوي، دار إحياء الكتب العربية، مصر، ١٣٧٦هـ — ١٩٥٧م.
- ابـــن العربي، عارضة الأحوذي، لشرح صحيح الترمذي، دار الكتاب العربي، بيروت، دون تاريخ.
- ابـــن تيمـــية، أحمد بن عبد الحليم، مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف، المملكة العربية السعودية،١٤١٦هـ- ١٩٩٥م.
- ابـــن حجـــر العسقلاني، محمد بن علي، مختصر زوائد مسندالبزار، تحقيق صبري عبد الخالق، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، ١٤١٢هـ.
- ابـــن عبد السلام، عز الدين عبد العزيز، القواعد الكبرى الموسوم،" قواعد الأحكام في إصلاح الأنام" تحقيق الدكتور نزيه كمال حماد، والدكتور عثمان ضميرية، دار العلم، دمشق، ط١، ١٤٢١هـ — ٢٠٠٠م.
- ابن قدامة، أبو محمد بن عبدالله بن أحمد، المغني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، دون تاريخ، وأخرى : تحقيق الدكتور/ عبد الله بن عبد المحسن التركي، والدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، دار هجر، القاهرة، ط٢، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م.
- ابـــن قيم الجوزية: مدارج السالكين وتهذيبه لعبد المنعم صالح، دار قتيبة، دمشق، ط٢، ١٤١٧هـ — ١٩٩٧م.

- ابـــن قـــيم الجوزيـــة، أبو عبد الله محمد، زاد المعاد في هدي خير العباد تحقيق شعيب الأرنـــؤوط وعـــبد القادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٣، ١٤١٩هـــ – ١٩٩٨م.
- ابن ماجة، أبو عبد الله محمد بن يزيد، سنن ابن ماجه تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الكتب العلمية، بيروت، دون تاريخ.
- ابن منظور، أبو الفضل محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر، بيروت، دون تاريخ.
- أبـــو الخيل، راشد محمد، الشيخوخة ومركز العناية بالمسنين في العالم، الرياض،١٤١١ هـــ-١٩٩١م.
- أبـــو داود، ســـليمان بن الاشعث السجستاني، سنن أبي داود، تحقيق عزت الدعاس، حمص، سوريا، ١٣٨٨هـــ- ١٩٦٩م.
- احمـــد بن حنبل، المسند تحقيق محمد سيلم سمارة وزملائه، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤١٣هـــ.
- أحمـــد، عـــلي فؤاد، الأبعاد الاجتماعية لرعاية المسنين في (رعاية المسني في المجتمعات المعاصـــرة)، المكتـــب التنفيذي لمجلس وزراء العمل والشئون الاجتماعية بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربي، البحرين، ١٩٩٢م.
- أحمد، فؤاد عبد المنعم، أصول نظام الحكم في الإسلام مع بيان التطبيق في المملكة العربية السعودية، مؤسسة شباب الجامعة. الإسكندرية، ١٩٩١م.
- أغا، كمال، مشكلات التقدم في السن في (التقدم في السن، دراسة اجتماعية نفسية – تحرير: عزت إسماعيل)، دار القلم، الكويت،١٤٠٤هـــ.
- البخاري، الأدب المفرد، تحقيق كمال الحوت، عالم الكتب، بيروت، ١٤٠٥هـــ.

- البخاري، محمد بن إسماعيل: صحيح البخاري تحقيق الدكتور مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، واليمامة، دمشق، بيروت، ط٥، ١٤١٤هـ ١٩٩٣م.
- الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى، سنن الترمذي تحقيق عزت الدعاس، مطابع الفجر الحديثة، حمص، ١٣٨٧هـ.
- التقرير الإحصائي السنوي الشامل، وزارة العمل والشؤون الاجتماعية، الرياض، ١٤١٧ هـ.
- جبريل، ثريا: المشاكل التي يعاني منها المسنون في المملكة العربية السعودية ودور الخدمة الاجتماعية في مواجهتها، مجلة الخدمة الاجتماعية، العددان ٣٤،٣٥، يونيه١٩٩٢م.
- الجويـني، أبـو المعـالي عـبد الملـك بن عبدالله بن يوسف، غياث الأمم في التيات التكـلم(الغياثي) تحقيق الدكتور فؤاد عبد المنعم أحمد والدكتور مصطفى حلمي، دار الدعوة، الإسكندرية، ط١،١٤١١هـ-١٩٩٠م.
- الـرازي، أبو عبدالله محمد الرازي، تفسير غريب القرآن تحقيق الدكتور حسين أمالي، مديرية النشر التابعة لوقف الديانة التركي، أنقرة – تركيا، ط١٩٩٧،١م.
- الزحيـلي، وهـبة، الفقـه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط٢، ١٤٠٥هـ – ١٩٨٥م.
- الزحيـلي، وهبة، حقوق الأطفال والمسنين، مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، الدورة الثانية عشر، ١٤٢١هـ.
- الـزرقاني، محمد: مختصر المقاصد الحسنة تحقيق الدكتور محمد لطفي الصباغ، المكتب الإسلامي، بيروت، دون تاريخ.
- السـدحان، عبد الله بن ناصر رعاية المسنين في المملكة العربية السعودية، وزارة العمل والشؤون الاجتماعية، الرياض، ١٤٢٠هـ.

- السدحان، عبدالله بن ناصر، رعاية المسنين في الإسلام، العبيكان، المملكة العربية السعودية، ط١، ١٤١٨هـ-١٩٩٨م.
- السرخسي، محمد بن أحمد، شرح كتاب الكسب لمحمد بن الحسن الشيباني تحقيق الدكتور عبدالفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب – سوريا، ط١، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.
- شمسي باشا، حسان، الشيخوخة (مصر.. وتحديات)، مجمع الفقه الإسلامي، جدة، الدورة الثانية عشر، ١٤٢١هـ.
- الشوكاني، محمد بن علي، فتح القدير، دار الفكر العربي، بيروت، ١٤٠٣هـ.
- الصالح، محمد أحمد الرعاية الاجتماعية في الإسلام وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، العبيكان، الرياض، ط١، ١٤١٩هـ – ١٩٩٩م.
- الطحان، خالد: قضايا الشيخوخة، في (التقدم في السن، تحرير عزت إسماعيل) دار القلم الكويت، ١٤٠٤هـ.
- عبد المنعم، محمود عبد الرحمن، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، دار الفضيلة، القاهرة، ١٤١٩هـ – ١٩٩٩م.
- العمران، هالة، التوافق عند المسنين في (رعاية المسنين في المجتمعات المعاصرة)، المكتب التنفيذي لدول الخليج العربي، البحرين، ١٩٩٢م.
- العمري، جنان، نحو برامج مواجهة للعمل الاجتماعي مع المسنين في (دراسات وقضايا المجتمع العربي الخليجي) مكتب المتابعة، البحرين، ١٩٨٥م.
- الغريب، عبد العزيز، المتقاعدون (بعض مشكلاتهم الاجتماعي ودور الخدمة الاجتماعية في مواجهتها)، مطابع نجد، الرياض، ١٤١٥هـ.

- غنـــيم، عـــادل رشـــاد: معالجة الإسلام لمشكلات المسنين في (مجلة البحوث الفقهية المعاصر)، العدد ٤٧، ربيع الآخر ١٤٢١هـــ.
- الفرفور، محمد عبد اللطيف، حقوق الشيوخ والمسنين وواجباتهم في الإسلام، مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية عشر، جدة،١٤٢١هـــ.
- الفـــيروز أبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة السادسة، ١٤١٩هـــ.
- القـــرطبي، أبو عبدالله محمد، الجامع لأحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤١٦هـــ — ١٩٩٥م.
- القونوي، قاسم، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، تحقيق الدكتور أحمد عبد الرزاق الكبيسي، دار الوفاء، جدة ١٤٠٦هـــ — ١٩٨٦م.
- مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، العدد العاشر، محرم ١٤١٢هـــ.
- مجمع الفقه الإسلامي، إعلان الكويت عن حقوق المسنين، الدورة الثانية عشر،١٤٢١هـــ.
- النظام الأساسي للحكم، الرياض، ١٤١٢هـــ.
- نظام التأمينات الاجتماعية، المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، الرياض، ١٤١٢هـــ.
- نظام التقاعد المدني والمذكرة الإيضاحية، مطبعة الحكومة، الرياض ١٣٩٤هـــ.
- نظام الضمان الاجتماعي، مطابع الحكومة، الرياض، ١٣٩٨هـــ.
- هـــارون، منير عبد الحميد، المملكة العربية السعودية الشريعة الإسلامية تحكم، الإسراء للخدمات الإعلامية، الرياض، ١٤١٤هـــ — ١٩٩٣م.
- الوزنـــة، طلعـــت حمزه، أرقام وحقائق عن المسنين في العالم، وزارة العمل والشؤون الاجتماعية، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٠هـــ ٢٠٠٠م.

المبادئ العامة للقانون المتصلة بفكرة الحرية العامة في أحكام القضاء الإداري

د. موســـى مصطفى شـحادة

أستاذ القانون العام – رئيس شعبة البحوث القانونية والخبير بمركز البحوث والدراسات الشارقة

ملخص البحث :

يهدف هذا البحث إلى دراسة المبادئ العامة للقانون المتصلة بفكرة الحرية في أحكام جلس الدولة الفرنسي ومحكمة العدل العليا الأردنية سواء بصورة مباشرة من خلال الحريات العامة المحددة بنصوص قانونية أو بصورة غير مباشرة من خلال المبادئ العامة للقانون المتصلة بتنظيم السلطات العامة وبوظيفة القضاء الإداري. وخلصت الدراسة إلى أن الطائفة الثانية من هذه المبادئ تختلف عن الطائفة الأولى بأنها تظهر بشكل واضح على الصعيد القضائي وذلك لقلة النصوص الخاصة بتنظيم القضاء الإداري ولأن الرقابة التي يمارسها القضاء على أعمال الإدارة تشكل إحدى الضمانات الهامة ضد التعسف الإداري.

مقدمة :

أهمية المبادئ العامة للقانون :

تعد "المبادئ العامة للقانون"(les Principes generaux du droit) أو كما يسميها البعض"المبادئ القانونية العامة" من الموضوعات الأكثر جدلاً وفضولاً في أحكام القضاء الإداري الفرنسي(١). وتشكل هذه المبادئ بنية وهيكل القضاء الإداري في فرنسا وركيزة مؤسساتها(٢). أو كما يقول الفقيه أودين ODEN هي"التعبير القانوني لنظريات تقبل عادة في موضوعات الفلسفة والأخلاق والاجتماع والاقتصاد..."(٣). أو هي "التعبير عن الحقائق التي تفرض نفسها على ضمائرنا، فهي انعكاس جوهري وشامل لحياتنا"(٤).

في دراسته القيمة المعنونة بـ"المبادئ العامة للقانون والقانون الوضعي". أوضح الأستاذ بولانجير BOULANGER بأن للمبادئ العامة للقانون معان متعددة(٥): فهي نظريات ذات طبيعة فلسفية وسياسية أو اقتصادية وتعتبر جزء أساسيا من الأفكار والمعتقدات، ويستخدمها القاضي في أحكامه القضائية. وبهذا المعنى فإن المبادئ العامة للقانون يكون لها قيمة أدنى من القانون infrajuridique.(٦)

(١) LETOURNEUR M. , Les principes generaux du droit dans La Jurisprudence du Conseil d'Etat, Docomentaire du Conseil d'Etat (E.D.C.E.), 1951 PP. 22 et suir.

(٢) MESCHERIAKOFF Alain – Serge , La notion de principes generaux du droit dans la Jurisprudence administrative, Actualite Juridique , Droit Administratif (.J. D. A.) December1976 pp. 596-610.

(٣) ODENT M. , Cours Poly copie , 1970-1971 p.1348.

(٤) JEANNEAU Benoit , les principes generaux du droit dans La Jurispruedence adminstrative , These , 1945 p.259.

(٥) BOULANGER J., Les principes generaux du droit et le droit positif, inEtudes offertes a G. Ripert, Paris 1950.

(٦) Infrajuridique signifie se situant avant Le droit positif.

أو هي تمثل دراسة نظامية (منهجية) للسمات الأساسية للتشريعات الوضعية عبر تطورها. في هذه الحالة فإن مفهوم مبدأ (principe) يعني الوسيلة لتبسيط مرجعية القواعد القانونية. وتكمن المشكلة في تحديد الروابط التي تنشأ بين هذا النوع من المبادئ والقواعد القانونية.

لا شك فإن المبادئ العامة للقانون ترتبط بالنظام القانوني الوضعي دون أن تكون ناتجة عنه. فهي من نفس طبيعة القواعد القانونية الوضعية التي تتطابق معها.

لتوضيح هذه المسألة فإن الأستاذ بولوا Boulouis(١) يعدد المبادئ التي يلجأ إليها القاضي الإداري. فهو يميز بين المبادئ التي تشكل النظام القانوني للسلطة الإدارية والمبادئ التي تهيمن على النظام الإداري ومن بين المبادئ الأخيرة يذكر امتياز القرار الإداري التنفيذي، وامتياز القضاء، ومبدأ المشروعية ومبدأ المسؤولية.

ويعود الفضل الأكبر في ظهور ونشأة وتقرير المبادئ العامة للقانون"لمجلس الدولة الفرنسي". في البداية لم يعتبر المجلس هذه المبادئ مصدراً من مصادر الشرعية أو المشروعية، ولكنة اضطر إلى إنشاء نظرية حقيقية للمبادئ العامة للقانون في سبيل الدفاع عن الحقوق والحريات العامة وخاصة طيلة فترة قيام حكومة فيشي Vichy مع ما استتبع ذلك من انتهاك للحريات العامة(٢). واستمر المجلس في تقرير هذه النظرية حتى اعتبرها جزءا متمما لا ينفصل عن مبدأ المشروعية ذاته(٣).

باختصار قبل سنة ١٩٤٠ عمل مجلس الدولة على استنباط المبادئ العامة للقانون من المبادئ الأساسية للديمقراطية السياسية التي جاءت بها الثورة الفرنسية

---

(١) BOULOUIS J., Contribution de J. Boulouis , T. 2 PP. 365 et suiv.

(٢) LETOURNE UR ,M., op. cit., p.22 .

(٣) JEANNEAU B. , op. cit., p. 164.

لمبادئ الحرية والمساواة. فعمل المجلس على تقرير مبدأ المساواة أمام القانون[١]، ومبدأ حرية التجارة والصناعة[٢].

ثم توسع المجلس بعد سنة ١٩٤٠ في تقرير مبادئ قانونية عامة كثيرة كمبدأ سمو القانون[٣]، ومبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية[٤]، ومبدأ المساواة أمام المرافق العامة[٥]، ومبدأ مساواة الأفراد أمام التكاليف العامة والضرائب[٦].

ومنذ سنة ١٩٤٥ تكلم مجلس الدولة عن"المبادئ العامة للقانون المطبقة في غياب النص القانوني المكتوب" [٧].

وتظـــهر أهمية المبادئ العامة للقانون في كونها تدور حول محورين أساسيين : النظام (l'ordre)، والحرية (la liberte)[٨]. فهي تعين القاضي الإداري على حماية حقوق الأفراد وحرياتهم من التعسف الإداري، كما تستجيب لمتطلبات وضرورات الحياة الإدارية ولمبدأ المساواة بجميع أشكاله (كالمساواة أمام القانون، وأمام القضاء، وأمام تولي الوظائف العامة، وأمام الأعباء والتكاليف العامة)، وكذلك للمبادئ التي تتعلق باستقرار المعاملات القانونية (كمبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، ومبدأ عدم المساس بالحقوق المكتسبة للأفراد، ومبدأ حق الدفاع، ومبدأ حجية الأمر المقضي به)، وللمبادئ اللازمة لسير الإدارة (كمبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ومبدأ الرقابة الرئاسية).

(١) Conseil d'Etat (C. E.) E. 9 mai 1913 , Roubeau,. 521.

(٢) C. E. , 30 mai 1930 , Chambre Synd. du Commerce de detail de Nevers , Rec., Leb. P. 583.

(٣) C.E., 17 dec. 1948 , Azoulay, Rec., leb.p. 474.

(٤) C.E. 8 Juin, 1949 , DE la Commune , D. soc., 1949 p. 315.

(٥) C. E., 25 Juin, 1948, L'Aurore, S., 1948 , pp.69 – 75.

(٦) C.E., 21 Nov., 1947, Sou. Boulanger, Rec., Leb.p.435.

(٧) C.E., 26 Oct ,1945 , Aranu, Rec, leb. P.213.

(٨) JEANNEAU B., op. cit., p. 6.

موضوع البحث:

نخصص هذا البحث لدراسة المبادئ العامة للقانون المتصلة بالحريات العامة، خاصة وأن هذه المبادئ تعد ركيزة أساسية لحماية الحريات العامة للأفراد.

ففي مجال التقييد القانوني لسلطات الدولة، خاصة سلطات الضبط الإداري، نجد أن الدولة ملتزمة بتطبيق المبادئ العامة للقانون في جميع تصرفاتها الإدارية، قانونية كانت، أم مادية، على اعتبار أن هذه المبادئ هي مصدر من مصادر المشروعية.

وتتناول هذه الدراسة بصفة أساسية مفهوم المبادئ العامة للقانون، تعريفها وطبيعتها، وتصنيفها، وقيمتها القانونية. كما تتناول المبادئ العامة للقانون المتصلة بصورة مباشرة وبصورة غير مباشرة بالحريات العامة.

أهمية البحث:

لموضوع هذا البحث أهمية نظرية وعملية لعدة أسباب:

١. افتقار مكتبة القانون العام العربية لمثل هذه الدراسات المتخصصة، خاصة في مجال الحريات العامة للأفراد في ظل غياب النظم الديمقراطية في الدول النامية.

٢. اعتقاد البعض أن الدولة ممثلة بإداراتها المختلفة ملتزمة فقط بتطبيق التشريعات المكتوبة بينما تلتزم الدولة بتطبيق التشريعات المكتوبة وغير المكتوبة كتطبيقها للمبادئ العامة للقانون في ظل النقص في التشريعات المنظمة للقانون الإداري.

٣. يرى الكثير من الفقهاء أن للمبادئ العامة للقانون قيمة دستورية، أي لها قوة معادلة ومساوية للنصوص الدستورية.

٤. قيام هذه الدارسة على المقارنة، لما للدراسات المقارنة من مزايا علمية وعملية عديدة، فهي تحقق العلم بالمبادئ العامة للقانون المتصلة بالحريات العامة في دول المقارنة وخاصة فرنسا الدولة ذات النظام الأكثر كمالا وإنجازا، كما أنها تساعد على معرفة مدى التزام القضاء الأردني بهذه المبادئ.

أهداف البحث :

يهدف هذا البحث إلى تحقيق ما يلي :

١. تحديد مفهوم المبادئ العامة للقانون وطبيعتها وتصنيفها وقيمتها القانونية.

٢. دراسة المبادئ العامة للقانون المتصلة بصورة مباشرة بالحريات العامة.

٣. دراسة المبادئ العامة للقانون المتصلة بصورة غير مباشرة بالحريات العامة.

٤. دراسة تطبيقات هذه المبادئ في أحكام القضاء الإداري.

مشكلة البحث وصعوباته :

تكمن مشكلة البحث في مدى التزام الدولة وسلطاتها المختلفة بأحد المصادر الهامة من مصادر الشرعية، وهي المبادئ العامة للقانون، وخاصة تلك المتصلة بفكرة الحرية لما لذلك من أثر على حريات الأفراد من التعسف الإداري، وانعكاس ذلك على النظام القانوني والقضائي للدولة بصفة خاصة وعلى النظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي بصفة عامة وصولا إلى النهج الديمقراطي للدولة.

أما صعوبات البحث فتتمثل فيما يلي :

١. تحديد نطاق المبادئ العامة للقانون وحدودها وتصنيفها من قبل القضاء، فهل تصنف وفقا لمصادرها أو وفقا لأصولها أو وفقا لموضوعها ؟

٢. اختلاف الفقه والقضاء والأداريان حول القيمة القانونية لهذه المبادئ.

٣. تحديد المبادئ العامة للقانون المتصلة بصورة مباشرة بفكرة الحرية.

٤. تحديد المبادئ العامة للقانون المتصلة بصورة غير مباشرة بفكرة الحرية.

٥. مدى اعتداد الدولة بالمبادئ العامة للقانون المتصلة بالحريات العامة بصورة مباشرة أو بصورة غير مباشرة.

منهج البحث وخطة الدراسة :

تم إتباع المنهج النظري الوصفي والتحليلي المقارن في دراسة المبادئ العامة للقانون المتصلة بفكرة الحريات العامة وتطبيقاتها في أحكام القضاء الإداري. لذا نرى دراسة هذا الموضوع وفق الخطة التالية :

الفصل الأول : مفهوم المبادئ العامة للقانون.

المبحث الأول : المقصود بالمبادئ العامة للقانون.

المبحث الثاني : القيمة القانونية للمبادئ العامة للقانون.

الفصل الثاني : المبادئ العامة للقانون المتصلة مباشرة بفكرة الحرية.

المبحث الأول : الركائز الأساسية للحريات العامة.

المبحث الثاني : المبادئ العامة للقانون المتصلة بالحريات المحددة بنصوص قانونية.

الفصل الثالث : المبادئ العامة للقانون المتصلة بصورة غير مباشرة بفكرة الحرية.

المبحث الأول : المبادئ العامة للقانون المتصلة بتنظيم السلطات العامة.

المبحث الثاني : المبادئ العامة للقانون المتصلة بوظيفة القضاء الإداري.

الفصل الأول

مفهوم المبادئ العامة للقانون

المبحث الأول

المقصود بالمبادئ العامة للقانون

ظهر اصطلاح المبادئ القانونية العامة صراحة في أحكام مجلس الدولة الفرنسي باعتبارها قواعد قانونية ملزمة للإدارة بمفهومها العام. يبين على التوالي : تعريف المبادئ العامة للقانون وتحديد طبيعتها وتصنيفها.

المطلب الأول

تعريف المبادئ العامة للقانون

يقصد بالمبادئ العامة للقانون تلك المبادئ التي لا تجد مصدرها في النصوص القانونية المدونة، أي التي لا تستند إلى أساس تشريعي (دستور أو قانون أو نظام "لائحة")، فهي ملزمة وواجبة التطبيق حتى في ظل غياب النصوص التشريعية المكتوبة. فلا يخلق القضاء الإداري هذه المبادئ ولا يبتدعها من تلقاء نفسه، وإنما يقتصر دوره على كشفها وإعلان الزاميتها في أحكامه، بحيث يتعين على السلطات الإدارية احترامها وعدم الخروج عليها باعتبارها مصدرا من مصادر الشرعية.

ويعرف الفقيه دو لوبادير DE LAUBADERE المبادئ العامة للقانون بأنها"مجموعة من المبادئ التي لا تظهر في النصوص، ولكن يعترف القضاء بها، وبوجوب احتـــرام الإدارة لها، ويشكل انتهاكها مخالفة للشرعية"(١).

ويرى الفقيه فالين WALINE بأن مهمة القضاء تتمثل في مجرد اكتشاف قواعد ومبادئ موجودة وكائنة أصلا، فهو يعمل على مجرد كشفها وإعلان وجودها لا على ابتداعها أو إنشائها أو وضعها من تلقاء ذاته، فهذه المبادئ إن لم يكن لها وجود في النصوص القانونية، فهي كائنة في ذهن وضمير الجماعة أو المشرع الذي لم يدونها في نص مكتوب(٢).

ويضيف هذا الفقيه بأن القاضي"إنما يستنبط هذه المبادئ من روح التشريع العام ومن الضمير العام"(٣).

وقد استخدم مجلس الدولة الفرنسي اصطلاح المبادئ العامة للقانون صراحة في أحكامه المتعددة. ففي حكمه الصادر في ٢٦ أكتوبر ١٩٤٥ في قضية ارامو(Aramu) استخدم المجلس عبارة "المبادئ العامة للقانون المطبقة حتى في ظل غياب النص."(٤). وفي قضية السيد بورديه (Sieur Bourdrait) قضي المجلس بأنه"لا يوجد أي نص قانوني أو لائحي أو أي مبدأ من المبادئ العامة للقانون في هذا الموضوع يلزم الإدارة على ..."(٥). وحكمه في قضية شركة الأسمنت (Societe des Eiments Français) بقولة"...وحيث أنه لا يوجد أي نص أو مبدأ قانوني عام يلزم مصدر القرارات

---

(١) DE LAUBADERE Andre, Traite de droit administralif, L.G. D. J., Paris p. 468.
(٢) WALINE Marcel, droit adminitralif, qeme edition Montchrestein, Paris 1963 P. 468.
(٣) Ibid.
(٤) C.E., 26 oct. 1945 Aramu , precite
(٥) C.E., 4 Juin 1945 , Rec., Leb.p. 150.

المطعون فيها ..."[1]. وحكمه في قضية السيد كرانجر (Sieur Granger) بقوله"... وحيث أنه لا يوجد أي نص أو أي مبدأ قانوني عام يمنع الإدارة من القيام ..."[2].

ومن جهة أخرى فقد ظهر مصطلح المبادئ العامة للقانون صراحة في أحكام محكمة العدل العليا الأردنية، ففي حكمها الصادر في سنة ١٩٧٧ قضت المحكمة"... ولما كان هذا الإجراء يخالف المبادئ القانونية العامة التي تقضي بعدم جواز المساس بالحقوق المكتسبة..."[3].

وفي حكم آخر قضت المحكمة"...بأن عدم إتاحة الفرصة للمستدعي من مناقشة الشهود وعدم تحليفهم القسم القانوني يخالف المبادئ العامة وحقوق الدفاع.."[4].

المطلب الثاني
تحديد طبيعة المبادئ العامة للقانون

لقد سبق القول بأن المبادئ العامة للقانون تعد من الموضوعات الأكثر جدلاً وفضولا في أحكام القضاء الإداري الفرنسي، وبنية وهيكلة هذا القضاء. بل يذهب البعض إلى أكثر من ذلك بقولهم بأن المبادئ العامة للقانون تشكل ركيزة المؤسسات الفرنسية[5]، بل الحضارة السياسية الفرنسية[6]، أو النظام السياسي الفرنسي[7].

---

(١) C.E, 22 mars 1950, Rec., Leb., p. 210.
(٢) C.E, 3 Nov. 1950, Rec., Leb., p. 280.
(٣) محكمة العدل العليا الأردنية، قرار رقم ٢٩ يناير ١٩٧٧، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، سنة ١٩٧٨ ص ٤٠٠.
(٤) محكمة العدل العليا الأردنية، قرار رقم ٧ يناير ١٩٨٥، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، سنة ١٩٨٥ ص ١٧٣٥.
(٥) MESCHERIAKOFF A.S., op. cit., p. 960.
(٦) استخدم هذا التعبير الفقيه ODENT في مذكراته Cours Polycopie ١٩٧٠-١٩٧١.
(٧) استخدم مفوض الحكومة FOURNEER هذا التعبير في مذكرته الواردة في قرار النقابة العامة للمهندسين المشرفين سابق الذكر.

ويعتقد الأستاذ جانو JEANNEAU بأن للمبادئ العامة للقانون وجهين:(١)

١. يستخدم القضاء الإداري هذه المبادئ باعتبارها سلوكا بسيطا، ويطلق مصطلح المبادئ العامة للقانون على القواعد المتجانسة (heterogenes). في هذه الحالة فإن نظرية المبادئ العامة للقانون لا تخرج عن كونها فئة ذات طابع وظيفي (Une categorie purement fonctionelle).

٢. يحتفظ القضاء الإداري للمبادئ العامة للقانون بوحدة أكيدة من النسق العام (d'ordre conceptuel). ولا يطلق لفظ مبدأ إلا على القواعد ذات المضمون المحدد.

في هذه الحالة تحتفظ نظرية المبادئ العامة للقانون وعلى الصعيد المعنوي بوحدتها الأولية (unite premirer).

وتمتاز المبادئ العامة للقانون بالعمومية والديمومة. فهي على حد تعبير الفقيه ريفيرو RIVERO"فئة ذات طابع وظيفي"، أو هي"إجراء (سلوك) مرصود لإنتاج آثار معينة"(٢). كما أن وظيفة هذه المبادئ قد حصرت في النطاق القضائي، واللجوء إلى هذه المبادئ يتضمن طرح قواعد أو مبادئ قضائية. فعلى سبيل المثال طرح مجلس الدولة في حكمه في قضية (eyentPDame) مبدأ قانوني عام وهو "أن منع فصل أي عاملة بسبب الحمل يجب أن يطبق على النساء الموظفات الحوامل اللواتي يعملن في خدمة المرافق العامة"(٣).

---

(١) JEANNEAU B., op. cit. P. 196.

(٢) RIVERO Jean, Les Principes generaux fondement – aux reconnus par les lois de al Republique, D., 1972 p. 268.

(٣) C.E., 9Juin 1973, Dame Peynet, Rec., Leb. 464, A. J. D. A., 1973 P.608.

باختصار ذكر الفقيه لوتيرنيه (LETOURNEUR) ثلاثة مميزات للمبادئ العامة للقانون :[1]

- يطبق مجلس الدولة الفرنسي هذه المبادئ، وذلك بالتأكيد عليها وذكرها صراحة في أحكامه المختلفة.
- تشكل هذه المبادئ حلولا للمنازعات المطروحة أمام القاضي رغم عدم استنادها إلى نصوص مكتوبة.
- تتمتع هذه المبادئ بقيمة القواعد القانونية الوضعية، أي قيمة القانون المكتوب.

المطلب الثالث
تصنيف المبادئ العامة للقانون

قبل سنة ١٩٤٠ لم تظهر أية صعوبات أو إشكاليات في تصنيف المبادئ العامة للقانون لأن مجلس الدولة الفرنسي عمل على استنباط هذه المبادئ من مجموعة المبادئ الأساسية للديمقراطية السياسية التي جاءت بها الثورة الفرنسية كمبدأ الفصل بين السلطات، ومبادئ المساواة والحرية.

غير أنه وبعد توسع مجلس الدولة منذ سنة ١٩٤٠ في تقرير الكثير من المبادئ القانونية العامة المتعلقة بمبادئ المساواة بجميع أشكالها وصورها وميادينها، وبالحريات العامة وباستقرار المعاملات، وبسير الإدارة أصبحت تواجه هذه المبادئ بعض الصعوبات في تصنيفها(Leur Cassification). فاقترح البعض[2] تصنيفها وفقا لمصدرها Leur source، ورأي البعض الآخر تصنيفها وفقا لموضوعها (leur objet)[3].

(١) LETOURNEUR , op. cit pp. 22 et suiv.

(٢) RIVERO Jean, le Conseil d'Etat, un Juge qui gouverne, D. 1951 chro. P. 21.

(٣) JEANNEAU B. Op. cit., p. 6.

باختصار يمكن تصنيف أو تجميع المبادئ العامة للقانون حول أربعة موضوعات أساسية:

١. **مبدأ المساواة بجميع أشكاله وصوره وميادينه:** كالمساواة أمام القانون والنظام، والمساواة أمام المرافق العامة، والمساواة أمام التكاليف والأعباء العامة، والمساواة أمام تولي الوظائف العامة، والمساواة أمام القضاء ...إلخ.

٢. **المبادئ اللصيقة بفكرة الحرية العامة:** كحرية العقيدة والدين، وحرية الاعتقاد، وحرية التجارة والصناعة وحرية الملكية الخاصة ...إلخ.

٣. **المبادئ التي تتعلق باستقرار المعاملات القانونية وتأمينها:** كمبدأ عدم رجعية القوانين والقرارات الإدارية، ومبدأ حق الدفاع، ومبدأ المسؤولية الإدارية، وحجية الأمر المقضي به، وحيدة ونزاهة القضاء ...إلخ.

٤. **المبادئ اللازمة لسير الإدارة:** كمبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ومبدأ الرقابة الرئاسية، ونظرية الظروف الطارئة، ونظرية القوة القاهرة.

مهما يكن فإن بعض هذه المبادئ تساعد القاضي الإداري على حماية الأفراد في مواجهة التعسف الإداري، كما وأنها تستجيب من جهة أخرى لمتطلبات وضـــرورات الإدارة الجيدة (inistrative mBonne Ad) مع الإشارة إلى أن المبادئ القانونية العامة التي تتصل بفـــكرة حماية الأفراد ضد التعسف الإداري هي أكبر عددا من تلك التي تتصل بضرورات الحياة الإدارية[١].

---

(١) Ibid.

المطلب الرابع
القيمة القانونية للمبادئ العامة للقانون

اختلف الفقه والقضاء الإداريان حول القيمة القانونية للمبادئ العامة للقانون، ويتمحور هذا الخلاف حول ثلاثة اتجاهات :

أولا : قيمة التشريعات العادية (La Valeur LegisLative)

ذهب الفقه والقضاء الإداريان في فرنسا -قبل صدور دستور ١٩٥٨- إلى أن المبادئ العامة للقانون لها قيمة مساوية لقيمة التشريعات العادية. وقد أكد العميد دو لوبادير (DE LAUBADERE) على" أن المبادئ العامة للقانون لها نفس قوة القانون، ومن ثم فهي تلزم الإدارة وخاصة عند ممارستها سلطتها اللائحية، ولكنها لا تلزم المشرع الذي يملك أن يخالفها أو يستبعدها"[١]. أما الفقيه لوتيرينه (LET OURNEUR) فيرى" أن المبادئ العامة للقانون هي قواعد قانونية غير مكتوبة مشابهة للقانون، وتتمتع بقوة مساوية للتشريعات الوضعية أي للنصوص القانونية المكتوبة"[٢].وصرح مفوض الحكومة شينو (CHENOT)"بأن المبادئ العامة للقانون المعروفة على امتداد الإقليم الفرنسي تتمتع بقوة تشريعية"[٣]. ويعترف الفقيه ريفيرو (RIVERO)"بأن للمبادئ القانونية العامة قيمة تشريعية على الأقل"[٤]. ويؤكد هذا الفقيه بأنه قبل سنة ١٩٥٨ فإن معظم الفقهاء يعترفون للمبادئ العامة

---

(١) DE LAUBADERE A., op. cit., p. 509.

(٢) Conclusion Sur C.E., 20 DEC. 1995, Etab. Vezia, R. D. P., 1936. P.199 .

(٣) Conclusion Sur C.E., 4 fev. 1944, Etab. Guyiesse , , R. D. P., 1944. P.158.

(٤) REVERO J., Le Conseil d'Etat, um juge …. Op. cit., p,21.

للقانون بقيمة مساوية للقانون (1).

وأكدّ رئيس مجلس الدولة الفرنسي بوفاندو (BOUFFNDEAU) بمناسبة انقضاء مائة وخمسين سنة على إنشاء مجلس الدولة "بأن المبادئ القانونية العامة قواعد قانونية غير مدونة لها قوة التشريع العادي، ومن ثم فإنه يتعين على السلطة اللائحية وعلى الإدارة التزامها طالما أنها لا تتعارض مع نص من نصوص القانون الوضعي"(٢). ومن ناحية أخرى أظهرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي انطباعا أكثر حدة من الفقه. في هذا الخصوص أكدت السيدة باتلر (BATAILLER) "بأن القضاء لم يعتمد كثيرا على تمتع المبادئ القانونية العامة بقوة تشريعية"(٣). ففي قراره الصادر في ٧ فبراير ١٩٥٨ قرر مجلس الدولة "بأن النص التشريعي السابق ذكره يسمح للحكومة بمخالفة النصوص القانونية الصريحة كما يسمح بمخالفة المبادئ القانونية العامة للقانون التي تتمتع بقوة تشريعية"(٤). وفي قرار آخر قضى المجلس "بأن مخالفة وانتهاك المبادئ القانونية العامة بشبه مخالفة النصوص القانونية المدونة"(٥).

ورغم أن أحكام القضاء الإداري لم تأت بالإثبات اليقيني فيما يتعلق بتمتع المبادئ القانونية العامة بقوة تشريعية، إلا أن هذا القضاء يستخدم هذه المبادئ مع غياب النصوص القانونية، وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في قضية السيدة Peynet التي سبق الإشارة إليها.

(١) REVERO J., Le droit administratif, 5eme ed. D., Paris. p,197.

(٢) LETOURNEUR., M., op. cit., p. 19

(٣) BATAILLER Francine, Le Conseil d'Eltat, juge constitutionnel , L. G. D. J., Paris 1966 p. 118.

(٤) C.E., 7 FEV. 1958, Sund. Des properetaire de al Foret de chene Liege d'Alg., R. P. D., 4958 p. 74.

(٥) C.E., 10 FEV. 1950, Sornin de leu sat. R. P. D., 1950 p. 102.

وخلاصة القول فإنه يمكن القول بما أن للمبادئ العامة للقانون نفس قوة ومرتبة التشريع العادي، فإنه يتعين على السلطة الإدارية احترام هذه المبادئ شأنها في ذلك شأن احترام النصوص القانونية المكتوبة، الأمر الذي يملي عليها ألا تصدر تشريعا فرعيا (نظام أو لائحة) يخالف هذه المبادئ، وإلا عد هذا التشريع الفرعي باطلاً. ونتيجة لذلك يلتزم القضاء الإداري بضمان احترام المبادئ العامة للقانون عن طريق إلغاء القرارات الإدارية المخالفة لها كما يفعل بخصوص مخالفة القانون المكتوب.[1]

ثانياً : قيمة النصوص الدستورية (La Vaeur Constitutionnelle)

بعد صدور دستور ١٩٥٨ الفرنسي ابتدأ جانب من جوانب الفقه يعدل عن موقفه السابق ويعتنق رأياً مغايراً مقتضاه أن المبادئ العامة للقانون لها قوة معادلة ومساوية للنصوص الدستورية.

في هذا الخصوص أكدّ الفقيه ريفيرو (RIVERO) أنه منذ سنة ١٩٥٨ بدأ القاضي الإداري يعترف للمبادئ القانونية العامة بقوة تعلو التشريعات العادية، لأنه أصبح يستند على هذه المبادئ في تفسير التشريعات المكتوبة.[2]

كذلك أعلن العميد فيدل (VEDEL)"أن للمبادئ القانونية العامة تعد صدور دستور ١٩٥٨ قوة تعلو التشريعات العادية بحيث أصبحت لها قوة دستورية"[3]. وبرر فيدل القوة الدستورية للمبادئ القانونية العامة بأن هذه المبادئ إنما يستنتجها القضاء من مقدمات الدستور التي لها بطبيعة الحال صفة الدستور ذاته أو من العرف

---

(١) C.E., 7 FEV. 1958, Precite.

(٢) REVERO J., op. cit., p. 75 .

(٣) Vedel Georges, droit administratif, [aris 1964 P.202.

الدستوري الذي له صفة دستورية، واستند لتدعيم وجهة نظره إلى أحكام أصدرها مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد [1].

ولكن السبب الحقيقي في إعطاء المبادئ القانونية العامة القيمة الدستورية حسب وجهة نظر العميد فيدل- إنما يعود إلى ظهور اللوائح المستقلة في ظل دستور ١٩٥٨ (المادة ٣٧)، أجازت هذه المادة للإدارة أن تصدر لوائح مستقلة في كل المسائل التي لم تحجز للقانون، وأن الاكتفاء بإسباغ قوة القانون العادي على المبادئ العامة للقانون من شأنه أن يؤدي إلى عدم إخضاع اللوائح المستقلة لها، لأن هذه اللوائح لا تتقيد بالقانون العادي، فلا تتقيد أيضا بالمبادئ العامة للقانون التي لها قوة القانون، ولذا فإن إعطاء هذه المبادئ قوة تعلو على القانون أي قوة دستورية من شأنه أن يخضع اللوائح المستقلة للقانون. [2]

فعلى أثر ظهور اللوائح المستقلة أعلن جانب من الفقه تحرير تبعية هذه اللوائح للقانون، وبالتالي تعادل قوتها القانونية مع القانون، وإذا كان للمبادئ العامة للقانون قوة معادلة للقانون، فإن اللوائح المستقلة والحالة هذه لن تخضع للقانون ولا للمبادئ العامة للقانون لتعادل قوتها مع هؤلاء وبذلك تنجو من الرقابة القضائية [3].

وقد انتقد البعض ذلك مقرراً أن عدم المساواة بين القانون والمبادئ العامة للقانون في القوة القانونية سيؤدي من الناحية العملية إلى التفرقة بين المبادئ العامة للقانون، أي بين تلك المبادئ المستوحاة من روح التشريع العادي وهي التي يكون لها فقط قوة القانون، وفي هذا إخلال بمبدأ وحدة وطبيعة المبادئ القانونية العامة [4].

---

(١) Ibid.

(٢) Ibid.

(٣) WALINE Marcel, droit administratif., 9 eme ed. Paris 1963 p.129 ; CHAPUS Rene, de la soumission au droit des reglements autonomes, D., 1960 chr. P. 124.

(٤) RIVERO J., op. cit., p. 72.

كما وأن القضاء الإداري قد أخضع اللوائح المستقلة مثل باقي اللوائح الأخرى لرقابته بحيث إذا ما تبين له عدم مشروعية هذه اللوائح حكم بإلغائها(١) على اعتبار أن هذه اللوائح كغيرها تعتبر من القرارات الإدارية التي ما تزال في مرتبة أدنى من القانون.

كذلك لم يتردد مجلس الدولة الفرنسي على أثر صدور حكمه في قضية"النقابة العامة للمهندسين المشرفين" في إعطاء المبادئ القانونية العامة قوة دستورية (٢).

ووفقا لأحكام مستقرة صادرة عن مجلس الدولة فإن المبـــادئ القانونية العامة الواردة في إعلان حقوق الإنسان لسنة ١٧٨٩، ومقدمة دستور ١٩٤٦، ومقدمة دستور، تتمتع بقيمة دستورية من. هذه القرارات وعلى سبيل المثال: قراره في قضية Dehaene الصادر في يوليو١٩٥٠، وقراره في قضية EKY الصادر في١٢فبراير ١٩٦٠، وقراره في قضية Brarel et autres الصادر في ٢٨ مايو ١٩٥٤.

ثالثاً : قيمة أدنى من القانون وأعلى من اللائحة :

La Valeur Infralegislative et Suprareglementaire

ذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى الاعتراف للمبادئ القانونية العامة بقيمة أدنى من التشريع العادي وأعلى من النظام (أو اللائحة).

ويستند أنصار هذا الرأي وعلى رأسهم الفقيه شابو CHAPUS (٣)إلى طبيعة عمل القضاء الإداري والسلطات التي يتمتع بها، ويبرر شابوس رأيه بأن مرتبة وقوة القاعدة القانونية في القانون الفرنسي تعتمد على مرتبة وقوة الجهة التي أصدرتها.

(١) C.E., 12 FEV. 1960, Soc, EKY, D. 1960 P. 203.

(٢) C.E., synd. gener. Des Ingenienieurs – Conseils, ed. E.D., 1962 P. 68 .

(٣) CHAPUS R., de La Valeur Juridique des principes generaux du droit et des autres regles Jurisprudentielles du droit administratif, D., 1966 pp. 99 et 100.

فمجلس الدولة راعي القوانين ومراقب شرعية الأنظمة يوجد في موقع متوسط بين المشرع العادي والمشرع اللائحي (السلطة التنفيذية)، وبالتالي فإن القواعد التي يصدرها تحتل موقعا متوسطا بين القانون واللائحة، أي في مرتبة أدنى من التشريع وأعلى من اللائحة. ويضيف شابوس بأنه إذا سلمنا بأن للمبادئ القانونية العامة المطبقة قوة أعلى من التشريع العادي فإنه يتوجب علينا أن نسلم بأن الدولة تستطيع أن تصدر قواعد بمستويات مختلفة وهذا غير مقبول (١).

واعترف الفقيهMESCHERIAKOFF(٢) للمبادئ العامة للقانون بقيمة أعلى من للوائح الإدارية وأدنى من القانون، واعتمد هذا الفقيـــه في رأيه على ثلاثة أحكام صدرت عن مجلس الدولة الفرنسي(٣). وقد انتقد الفقيه روش ROCHE(٤) موقف الفقيه شابوس، ويبرر ذلك بقوله أن الدستور لم يذكر سوى ثلاثة أنواع من الأجهزة التي يحق لها إصدار القواعد القانونية : الجهاز الدستوري، والجهاز التشريعي والجهاز اللائحي، ولم يذكر الدستور القاضي الإداري من بين هذه الأجهزة، وعليه فإننا لا نستطيع أن نسلم للمبادئ القانونية العامة بقيمة قانونية محددة.

كذلك يؤكد الأستاذ LE MIRE(٥)بأنه يوجد مصدرين للمبادئ العامة للقانون تحتل درجات مختلفة في التدرج التشريعي : القانون واللوائح.

---

(١) Ibid p. 80.

(٢) MESCHERIAKOFF A.S., OP. CIT., P. 597.

(٣) C.E., Juin 1973, Dame Peynet, precite; 4 octobre 1974, Dame David, R., P. 464. Cond. Genot ; 5 avril 1974, Sieur Leroy, D. 74. P. 649.

(٤) ROCHE M., Reflexions sur le pouvoir normatif de la Jurisprudece, A. J. D. A., 1962 P. 532.

(٥) LE MIRE M. , La protection constitutionnelle des libertes en droit public francais , 1975 paris p. 299.

في الأردن، فإن الفقه والقضاء لم يستقرا على رأي واحد فيما يتعلق بالقيمة القانونية للمبادئ العامة للقانون. فيرى ندة [1] أنه ليس لكل المبادئ القانونية العامة مرتبة واحدة بل تتوقف قوة القاعدة القانونية العامة على المصدر الذي استنبطها القضاء. فإذا استنبط القاضي المبدأ القانوني العام من القواعد الدستورية، أو المبادئ التي بنى عليها الدستور، كان لهذا المبدأ القانوني العام قوة القواعد الدستورية، وبالتالي تسمو هذه القاعدة على قواعد التشريع الأخرى، وتلزم هذه القاعدة المشرع ورجل الإدارة على السواء، فمبدأ المساواة في الحقوق والتكاليف الاجتماعية هو مبدأ من المبادئ الدستورية العليا، ويسمو هذا المبدأ على القوانين العادية. أما إذا استنبط القاضي القاعدة القانونية العامة من الاتجاهات العامة في التشريع أو من مبادئ العدالة، كان لهذه القاعدة القانونية قوة أدنى من قوة التشريع فهي لا تقيد المشرع، وإنما تقيد رجل الإدارة.

أما الشوبكي[2] فيرى أن المبادئ القانونية العامة وإن كانت ملزمة للإدارة إلزام القواعد القانونية المكتوبة، إلا أنها أدنى مرتبة من القوانين العادية. ذلك لأن المبادئ القانونية العامة من اكتشاف القضاء الذي يستنبطها من مجموع النصوص والقواعد التشريعية وروح هذه النصوص والقواعد. ولما كان القاضي ملزما بتطبيق النصوص التشريعية، فهو لا يستطيع الخروج عليها بما يضعه أو يقرره أو يستنبطه من مبادئ قانونية عامة، بل يجب أن تكون هذه المبادئ صدى للقواعد القانونية المكتوبة ومتفقة مع نصوصها وروحها.

(١) ندة، حنا، القضاء الإداري في الأردن، الطبعة الأولى، مطبعة جمعية العمال، الأردن، عمان سنة ١٩٧٢م، ص ٣٨ وما بعدها.

(٢) الشوبكي، عمر محمد، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة والتوزيع، الأردن عمان، سنة ١٩٩٦م، ص ٦٥.

ويرى خطار[1] أن المبادئ العامة للقانون تتمتع بقيمة مساوية للقواعد الدستورية، لأن هذه المبادئ مستقرة في الضمير القانوني للأمة، تكونت تدريجيا عبر الزمن وسابقة على وجودها للقواعد الدستورية، والدليل على ذلك أن وثيقة الدستور ذاتها تتضمن العديد من المبادئ العامة للقانون (مبدأ المساواة بين المواطنين، ومبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص).

أما القضاء الإداري في الأردن -ممثلاً بمحكمة العدل العليا الأردنية- فيعترف بالمبادئ القانونية العامة كمصدر من مصادر الشرعية. وقد أولت المحكمة أهمية كبيرة لهذه المبادئ باعتبارها مصدراً مستقلاً وقوة مُلزمة في مواجهة الإدارة والقاضي، غير أن المحكمة لم تتعرض في البداية لقيمتها القانونية، حيث أوردت هذه المبادئ في أحكامها دون تحديد قيمة هذه المبادئ. ففي حكمها الصادر في ١٩٥٢م قضت المحكمة بأن"من ينشد الإنصاف عليه أن يتقدم بأيد نظيفة"[2]، وأن"تأمين مظاهر العدالة لا يقل أهمية عن تطبيق العدالة نفسها"[3] وأن"حضور المستدعى ضده الثاني ووكيله أمام اللجنة المركزية عند النظر في الاعتراض المقدم إليها لا يمس مظاهر العدالة في القضية إذ أن المستدعى كان قد أوضح وجهة نظره في الاعتراض الخطي المقدم منه"[4] وأن"القواعد العامة لا تجيز لطالب الرخصة أن يشترك في لجنة يستطيع منحها"[5]، وأنه"لا يوجد في قانون أملاك الدولة رقم (١٧) لسنة ١٩٧٤م ولا في الأنظمة الصادرة نص يخول مجلس الوزراء إلغاء مثل هذا القرار، ولما كان الإجراء

---

(١) خطار، علي، القضاء الإداري الأردني، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، المركز العربي للخدمات الطلابية، الأردن، ١٩٩٥م، ص ٦٥.

(٢) عدل عليا أردنية، قرار رقم ٥٢/٥٥، مجلة نقابة المحامين، عدد ٩ سنة ١٩٥٣م، ص ١٠٢.

(٣) عدل عليا أردنية، قرار رقم ٥٣/٣٦، مجلة نقابة المحامين، عدد ٩ سنة ١٩٥٣، ص ٤٥٠.

(٤) عدل عليا أردنية، قرار رقم ٥٣/٤٢، مجلة نقابة المحامين، عدد ٢ سنة ١٩٥٣م، ص ٦٥.

(٥) عدل عليا أردنية، قرار رقم ٥٤/٥٦، مجلة نقابة المحامين، عدد ٣ سنة ١٩٥٤م، ص ١٢١.

يخالف المبادئ القانونية العامة التي تقضي بعدم جواز المساس بالحقوق إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون[١] وأن"حق الدفاع حق مقدس فلا تهدر ضماناته ولو كان مجلس التأديب على غير علم بسبب تغيب المستدعي"[٢]، وأن "سماع شهادات الشهود بغياب الخصوم دون إتاحة الفرصة للمستدعي من مناقشاتهم وتحليفهم القسم القانوني يخالف المبادئ العامة للقانون وحقوق الدفاع التي كفلها القانون والقواعد العامة المستقرة في الإجراءات"[٣].

وقد طبقت المحكمة مبادئ قانونية عامة كثيرة في أحكامها ومنها مبدأ عدم رجعية القرار الإداري بقولها "أما فيما يتعلق بالموضوع فإن الفقه والقضاء الإداريان قد استقرا على أن القرارات الإدارية والأنظمة التي تصدر تنفيذا للقوانين لا يجوز أن تتضمن أثراً رجعياً خصوصاً إذا ما مست هذه القرارات الحقوق المكتسبة، ذلك أن القانون الطبيعي يوجب احترام هذه الحقوق كما لا يتفق مع المصلحة العامة أن يفقد الناس الثقة والاطمئنان على استقرار حقوقهم"[٤]. وكذلك مبدأ التناسب بين الجزاء التأديبي مع المخالفة المرتكبة من قبل الموظف، بقولها"إن العقوبة المتخذة من قبل مجلس تأديب الطلبة في الجامعة الأردنية ضد الطالبين رياض وعمار لا تتناسب مع الذنب المرتكب من قبلهما وأن العقوبة تمتد وتنسحب إلى مخالفات مستقلة وخارجة عن حدود التهم المنسوبة إليهم"[٥]. وقضت أيضا"...للسلطة التأديبية صلاحية تقدير الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء، إلا أن مشروعية هذه السلطة التقديرية رهن بألا يشوب استعمالها غلو، ومن صور هذا الغلو عدم الملاءمة الظاهرة

(١) عدل عليا أردنية، قرار رقم ١/٢٩، مجلة نقابة المحامين، سنة ١٩٧٧م، ص ٤٠٠.
(٢) عدل عليا أردنية، قرار رقم ١١/٣٠، مجلة نقابة المحامين، سنة ١٩٨١م، ص ٤٤٦.
(٣) عدل عليا أردنية، قرار رقم ٥/٧، مجلة نقابة المحامين، سنة ١٩٨٥م، ص ١٧٣٥.
(٤) عدل عليا أردنية، قرار رقم ٣/١١، مجلة نقابة المحامين، سنة ١٩٨٢م، ص ٤٥٦.
(٥) عدل عليا أردنية، قرار رقم ٨١/١٥١، مجلة نقابة المحامين، سنة ١٩٨٢م، ص ٤٧٢.

بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين الجزء ومقداره، ففي هذه الصورة تتعارض عدم الملاءمة الظاهرة مع الهدف الذي توخاه القانون من التأديب وهو بوجه عام تأمين انتظام المرافق العامة، ولا يتأتى هذا التأمين إلا إذا انطوى هذا الجزاء على قسوة شديدة أو الإفراط المسرف في الشفقة، وعليه فإذا كان الجزاء مشوبا بالغلو يخرج التقدير من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية ومن ثم يخضع لرقابة محكمة العدل"(١). وفي حكم آخر قضت المحكمة"...إلا أننا نجد وبما لنا من صلاحية مراقبة مقدار العقوبة المفروضة، وما إذا كانت تتلاءم والذنب المقترف أن العقوبة المفروضة على المستدعى مشوبة بالغلو، ولهذا السبب يغدو القرار المشكو منه حقيقاً بالإلغاء فنقرر إلغاؤه..."(٢).

غير أن محكمة العدل العليا الأردنية أوضحت موقفها بوضوح من القيمة القانونية في حكم لها صدر بتاريخ ١٢/١١/١٩٩٧م بقولها "إن المبادئ العامة للقانون كمصدر من مصادر المشروعية الإدارية لا ترقى إلى درجة النصوص القانونية، وهي المبادئ التي يستمدها القاضي على أساس رضا مفترض من المشرع ومن إرادة الشعب والمثل العليا التي تقوم عليها مبادئ المجتمع والضمير العام للجماعة، فضلا عن أن هذه المبادئ ليس لها مدلول محدد، والمطالبة باعتبارها في مرتبة النصوص التشريعية يؤدي إلى نتائج غير مقبولة نظريا وعمليا لأنه يعني منح القاضي سلطة استخلاص نصوص قانونية من مبادئ غامضة ومجملة وعامة، وهذا يشكل افتئاتا على سلطة التشريع..."(٣).

---

(١) عدل عليا أردنية، قرار رقم ٨٥/٧٤، مجلة نقابة المحامين، سنة ١٩٨٦م، ص ٣٠.

(٢) عدل عليا أردنية، قرار رقم ٩٧/٧٦، بتاريخ ٢٨/٦/١٩٩٧م، غير منشور.

(٣) عدل عليا أردنية، قرار رقم ٩٧/٢٣٧ صدر بتاريخ ١٢/١١/١٩٩٧م، غير منشور.

يُستفاد من هذا الحكم أن المبادئ العامة للقانون تتمتع بقيمة إلزامية بوصفها من القواعد القانونية التي تدخل ضمن عناصر المشروعية التي يتكون منها التنظيم القانوني للدولة، ولكنها لا ترقى إلى مرتبة النصوص التشريعية وإنما تحوز على قيمة أدنى من التشريع وأن هذه المبادئ لا تستطيع مخالفة القواعد القانونية المكتوبة سواء بالتعديل أو الإلغاء.

ونحن من جانبنا نرى أنه يجب التفريق بين المبادئ العامة للقانون على أساس المصدر التي تستمد منه، فيكون لهذه المبادئ مرتبة وقوة قانونية معادلة ومساوية للقواعد الدستورية إذا استنبط القاضي هذه المبادئ من القواعد الدستورية كأن يستمدها من مقدمات الدساتير أو من الدساتير أو من إعلانات حقوق الإنسان، لأن هذه المبادئ مستقرة في الضمير القانوني للأمة وروح التشريع العامة وضمير الجماعة والمشرع، مثال مبدأ المساواة بكافة صوره وأشكاله، ومبدأ حق الإنسان في محاكمة عادلة، ومبدأ حق الدفاع، ومبدأ نزاهة وحيدة القضاء، أما إذا استمد القاضي هذه المبادئ من التشريعات العادية فلا يمكن الاعتراف لها إلا بقيمة التشريعات العادية، أما إذا استنبط القاضي هذه المبادئ من الاتجاهات العامة في التشريع أو من مبادئ العدالة، كان لهذه المبادئ قوة أدنى من قوة التشريع فهي لا تقيد المشرع وإنما تقيد رجل الإدارة.

الفصل الثاني

المبادئ العامة للقانون المتصلة مباشرة بفكرة الحرية

تتفق المبادئ العامة للقانون المتصلة مباشرة بفكرة الحرية، كمبدأ حرية الاعتقاد، ومبدأ حرية التعليم، ومبدأ حرية ممارسة التجارة والصناعة فيما بينها بصفات وسمات عامة. وإذا كانت هذه المبادئ ليست من الوضوح على الصعيد القضائي، فإنها على العكس من ذلك واضحة في القانون، لأن معظم الحريات العامة منصوص عليها في معظم الدساتير، وتلعب أحكام القضاء الإداري دورا تكميلياً في هذا النطاق.

والمبدأ السائد منذ إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة ١٧٨٩ هو اختصاص السلطة التشريعية كقاعدة عامة بتنظيم الحريات العامة المنصوص عليها في الدستور، بينما يعترف القضاء الإداري للإرادة بسلطة وضع وإصدار لوائح ضبط إداري مستقلة بالقدر الضروري للمحافظة على النظام العام.

وتعد لوائح الضبط الإداري النموذج الأمثل للتعبير عن سلطة الضبط الإداري بمعناها الحقيقي، حيث تتمكن السلطة المختصة بواسطتها من وضع قواعد عامة تفرض من خلالها طائفة من القيود والضوابط الواردة على ممارسة النشاطات والحريات الفردية وفرض الجزاءات الجنائية كالغرامة والمصادرة والجزاءات الإدارية كوقف النشاط المخل بأهداف الضبط لإداري أو إلغائه على كل من يخالفها(١).

---

(١) جمال الدين، محمود سامي، المبادئ الأساسية في القانون الإداري لدولة الإمارات العربية المتحدة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى صـ ٧٨ و ٧٩

المبحث الأول

الركائز الأساسية للحريات العامة

إذا كانت الحرية هي القاعدة فإن قيود الضبط هي الاستثناء. كذلك يعد مبدأ المساواة ركيزة لكل الحريات وليس حرية من الحريات.

المطلب الأول

الحرية هي القاعدة وقيود الضبط هي الاستثناء

يقتضي على السلطات الإدارية، وخاصة سلطات الضبط الإداري احترام الحريات العامة، ولا تستطيع تقييدها إلا استثناء عندما تستلزمها مصلحة النظام العام. وهذا ما أكدته المادة رقم (٤) من إعلان حقوق الإنسان المواطن لسنة ١٧٨٩ بقولها إن"الحرية يمارسها كل فرد بالقدر الذي يسمح للآخرين بممارستها بنفس المدى"(١).

وقد حاول مجلس الدولة الفرنسي أن يوازن في أحكامه المتعـــددة بين متطلبات الضبط وضمان الحريات العامة انطلاقا من المبادئ التي حددتها إعلانات حقوق الإنسان. هذا التوازن بيّنه مفوض الحكومة لدى مجلس الدولة الفرنسي السيد كورني (CORNEILLE) بعبارته المشهورة في مذكرته حول حكم مجلس الدولة في قضية BALDY بقوله"الحرية هي القاعدة وقيود الضبط هي الاستثناء (La liberte est la Regle et les Restrictions de police est L'exception).

(١) Conclusion sur C.E., 10 aout 1917 , Baldy, Rec., Leb., P. 637.

تمسك الفقه الليبرالي بهذه العبارة لدرجة أن عززت موقف القضاء الإداري الذي غالبا ما يعطي الأولوية والأفضلية للحريات العامة على النظام العام في المنازعات التي يفصل فيها(١).

غير أن سلطات الإدارة وبصفة خاصة سلطات الضبط الإداري في تقييد الحريات صيانة للنظام العام لا تعني التحريم المطلق والتام لممارسة الحريات، وذلك أن الضرورة تقدر بقدرها، ولا يجوز لسلطات الضبط أن تتدخل في الحريات العامة إلا حينما يتهدد النظام العام بأحد عناصره أو مدلولاته القانونية، وقد ترجم القضاء هذا الموضوع في إلغائه للقرارات التي تصدر عن سلطات الضبط الإداري والتي تنطوي على المنع العام والمطلق للحريات العامة(٢).

هذا الوضع قاد مجلس الدولة الفرنسي إلى تحديده في كل قضية تعرض عليه فيما إذا تضمن القرار الطعين تهديداً للنظام العام. في هذا الخصوص قضى مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء قرار صادر عن رئيس البلدية والذي يحظر فيه التخييم في إحدى المدن(٣). وفي حكم آخر قضى المجلس بأنه لا يجوز على الإطلاق أن يرد على ممارسة هذه الحرية الحظر المطلق أو العام، ولكن فقط يمكن أن ترد عليها الإجراءات الضابطة اللازمة لوقاية النظام العام(٤).

وأكدّ القضاء الإداري أن النظام العام لا زال هو الأساس الشرعي لتدخلات السلطات الإدارية باعتباره استثناء على القاعدة "قاعدة الحرية"، وسيظل كذلك

(١) JEANNEAU B., OP. cit., p. 42.

(٢) C.E., 30 nov. 1929 , penicaud, D.H., 1929 P.39 ; 22 MARS 1935, Soc. Narbonne, Rec., leb., p. 379; 11 Janv. 1939 , boyer , Rec., leb., p. 98.

(٣) C.E., 14 fev. 1958 , Abisset , Rec. Leb., p. 98.

(٤) C.E., 10 Juill. 1962 , Jean jean, Rec., Leb., p. 395.

كونه القيد العام على تدخلات هذه السلطات في موضوع الحريات العامة، وأن عدم الالتزام بهذا الحد من شأنه أن يؤدي إلى إقامة مسئولية هذه السلطات(١).

ويعتقد بعض الفقه بحق أن القيمة القانونية للحريات العامة تتمثل في مبدأين(٢):

- لا تستطيع السلطات الإدارية تعطيل ممارسة الحريات العامة، أو الحد من ممارستها إلا في ظل الظروف الاستثنائية.
- يقع على عاتق السلطات الإدارية عبء حماية ممارسة هذه الحريات ضد أي اعتداء.

في هذا المقام أكدّ مفوض الحكومة لدى مجلس الدولة الفرنسي السيد LETOURNEUR في مذكرته حول حكم مجلس الدولة في قضية"الشركة الحديثة للطباعة والنشر"أن المبدأ القائل" الحرية هي القاعدة وقيود الضبط هي الاستثناء" يعطي للقاضي الإداري -عندما يفصل في المنازعات الإدارية- الحق بحماية الحريات العامة وإيثارها إذا ما تعارضت مع النظام العام(٣).

نخلص مما سبق أنه يقع على عاتق القاضي حماية الحريات العامة بصرف النظر عما إذا كانت هذه الحريات منصوصا عليها في القوانين أم لا.

(١) C.E., 29 oct. 1964 , Escarot , A. J. D. A., 1964 P. 189.

(٢) BURDEAU , manuel de droit public, 1948 p., 62.

(٣) Concl. LETOURNEUR sur C.E., 23 nov. 1951. R. D. P. , 1951 P. 1098.

المطلب الثاني
مبدأ المساواة ركيزة لكل الحريات العامة

يُعد مبدأ المساواة بين الأشخاص أساساً وركيزةً لكل الحريات العامة، لأن جميع الحريات لابد وأن تعتمد على مبدأ المساواة باعتباره من المبادئ العامة للقانون التي استقرت في روح المشرع وضمير الجماعة. ومن ثم إذا لم تكن هناك مساواة بين الأفراد في ممارسة الحريات العامة، فلا يمكن الإدعاء بأن ثمة حرية.

وقد أكدت جميع الأديان السماوية مبدأ المساواة، وكذلك الإعلانات والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان والتشريعات الوضعية وخاصة دساتير الدول على اختلاف أيديولوجياتها وتوجهاتها السياسية، إضافة إلى أحكام القضاء. مثال ذلك المادة الأولى من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨ التي تنص على أن"يُولد جميع الناس أحراراً متساوين في الكرامة وفي الحقوق وقد وُهبوا عقلاً وضميراً وعليهم أن يعاملوا بعضهم بعضاً بروح الإخاء".

ونصت المادة رقم (٢) من الدستور الفرنسي الحالي لسنة ١٩٥٨ على أن"... تضمن فرنسا مساواة جميع المواطنين أمام القانون دون تمييز بينهم بسبب الأصل أو الجنس أو الدين ..."ونصت المادة رقم (٢) من الدستور الأردني الحالي لسنة ١٩٥٢ على أن "الأردنيون أمام القانون سواء لا تمييز بينهم وأن اختلفوا في اللغة أو العرق أو الدين". ونصت المادة (٢٥) من دستور دولة الإمارات الحالي لسنة ١٩٧١ على أن"جميع الأفراد لدى القانون سواء، ولا تمييز بين مواطني الاتحاد بسبب الأصل أو الموطن أو العقيدة الدينية أو المركز الاجتماعي".

ويتفرع عن مبدأ المساواة كأصل عام أمور عدة :

- مبدأ المساواة أمام القانون واللوائح.
- مبدأ المساواة أمام المرافق العامة.
- مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف والمناصب العامة.
- مبدأ المساواة أمام التكاليف والأعباء العامة.
- مبدأ المساواة أمام القضاء.

وقد عبر القضاء الإداري في فرنسا عن مبدأ المساواة أمام القانون اللوائح (Le privicipe de l'egalite devant al loi et les Reglements) باعتباره أحد المبادئ العامة للقانون سنة ١٩١٣ في حكمة الشهير روبو Roubeau(١) بقولة"أن من حق رئيس البلدية أن يقر بعض المخالفات الخاصة عند تطبيق اللوائح الصادرة عنه شريطة":

- أن يكون هناك ظروف طارئة تبرر ذلك.
- وأن ينص على ذلك في القرار الإداري الصادر عنه.
- وأن يؤكد في نفس القرار بأن أي نص مواز لن ينتقص من مبدأ مساواة جميع المواطنين أمام اللوائح الإدارية.

وقضى مجلس الدولة الفرنسي"بعدم شرعية القرار الصادر باستبعاد بعض المتقدمين لشغل وظائف عليا بعد اجتيازهم للامتحان المنصوص عليه في القرار الصادر في ٦ مارس ١٩٣١ مثلهم مثل باقي صف الضباط ومندوبي الجمارك الآخرين، لأن ذلك يمثل اعتداء على مبدأ المساواة أمام القانون واللوائح"(٢). وقضى

(١) C.E., 9 1913, R.D.P., 1913 P. 685.

(٢) C.E., 6 mars 1931, Sieur Pierre Tour et autres, Rec., Leb. P. 261.

أيضا"بعدم شرعية الإعفاء الممنوح لأحد الأفراد لعدم مطابقته للتنظيم المتعلق بتوزيع البترين على المحطات المتواجدة على الطريق العام لأن ذلك يمثل اعتداء على مبدأ المساواة أمام القانون واللوائح"[١]،"وبعدم شرعية القرار الصادر بمنع المواكب والمظاهر الأخرى لممارسة شعائر العقيدة لمخالفته مبدأ المساواة أمام القانون واللوائح" [٢].

وفي مصر قضت المحكمة الإدارية العليا"بعدم شرعية القرار الفردي الصـــادر بحظر تشغيل مطحن ليلا لعدم تطبيقه على باقي المطاحن المتشابهة مخالفا بذلك مبدأ المساواة أمام القانون واللوائح"[٣]. وفي الأردن قضت محكمة العدل العليا الأردنية"بأنه إذا صدر قرار بمنع أشخاص من تعاطي البيع في السوق بينما يوجد أشخاص آخرون يتعاطون نفس المهنة في نفس السوق ولم يصدر قرار بمنعهم، فيكون قرار المنع حقيقياً بالإلغاء لإخلاله بمبدأ المساواة أمام القانون"[٤]. وفي حكم أخر قررت المحكمة"أن قرار اللجنة اللوائية بمنح المستدعي تخفيضا من القيود من حيث الارتداد لبنائه بصورة أكثر مما منحته للمستدعي بينما بناءهما كانا يشكلان في الأصل بناءا واحدا يشكل إخلالاً بمبدأ المساواة أمام القانون الذي يتوجب تطبيقه عند تماثل الظروف"[٥].

وفي نطاق مبدأ المساواة أمام المرافق العامة (Le principe de l'ēgalitē devant les services publics) ألغى مجلس الدولة الفرنسي القرار الصادر عن مدير بريد مقاطعـــة

---

(١) C.E., 28 Janvier 1938 , Pichard , Rec., Leb.p. 102.

(٢) C.E., 21 Janvier 1966 , Lagastalois , Rec., Leb.p. 45.

(٣) قضية ١٦ و ١٩ لسنة ٢ ق تاريخ ١٦/٤/١٩٦٠، مجموعة المحكمة الإدارية العليا في (١٥) عاما سنة ١٩٤٨، ص ٧٨٠.

(٤) قرار رقم ٦٧/ ٦٩، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، عدد ٦ وما يليه سنة ١٩٦٧ ص ٧٣٤،

(٥) قرار رقم ٦٧ / ٦٩، مجلة نقابة المحامين، عدد ١، سنة ١٩٧١ ص١٣٧، انظر أيضًا قرار ٣٤/ ٧٧، مجلة النقابة، عدد ٧،٨ سنة ١٩٧٧.

(Isere) والمؤيد من قبل مساعد البريد، المتضمن إخطار السيدChomet بأنه لن يستطيع استلام بريده بعد الآن إلا إذا قام بوضع صندوق بريد أو جرس على باب منزله بسبب الأخطار التي قد يحدثها الكلب الذي يقتنيه السيد المذكور لمخالفة ذلك لمبدأ مساواة جميع المنتفعين أمام المرافق العامة[1]. وفي حكم آخر قضى المجلس بإلغاء القرار الصادر عن بلدية مرسيليا المتضمن توزيع مياه الشرب على ضواحي المدينة وتكتلاتها بطريقة غير متساوية خلافا لمبدأ مساواة جميع المنتفعين أمام المرافق العامـــة[2]. وقضى أيضا"بإلغاء قرار المحافظ المتضمن قصر الحق ببيع لحم الخنزير على طائفـــــة محددة من التجار وذلك لمخالفة ذلك لمبدأ المساواة أمام المرافق العامة"[3].

في هذا الخصوص قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر"بأن من طبيعة الخدمة المرفقية حسبما هو مسلم به أن تكون ميسرة للجميع مهيأة للكافة طبقا للشروط التي يرسمها القانون، فلا يمكن قصرها على شخص أو أشخاص معينين بذواتهم وحرمان غيرهم ممن يتساوون معهم في الأحوال والظروف في الانتفاع بتلك الخدمة، ولا يسوغ ذلك لما تنطوي عليه تلك التفرقة من إخلال بمبدأ المساواة في المعاملة إزاء الانتفاع بالمرافق العامة"[4].

وقضت محكمة العدل العليا الأردنية"بإلغاء القرار الصادر بالسماح للبعض بتسيير سياراتهم بالديزل ومنع الآخرين من ذلك لتعارض ذلك مع مبدأ المساواة أمام

(١) C.E., 29 dēc. 1911 , chomet , R. D. P., 1912 p. 20.
(٢) C.E., 10 fēv. 1928, Rec., leb.p. 222.
(٣) C.E., 24 juin 1942, Sieurs Grosse et autres, Rec., Leb. p. 221.
(٤) حكم صدر في ١٩٦٦/١/١، مجموعة المحكمة الإدارية العليا في (١٥) عاما، جزء ٣. سنة ١٩٨٤م، ص ٢٢٢٢.

مرفق النقل"(١). وفي حكم آخر قضت المحكمة"بأن مبدأ المساواة المقرر في الدستور لا يجيز اعتبار مخالفة القانون سابقة يجوز الاحتجاج بها، لأن مبدأ المساواة يكون عند تماثل المراكز القانونية ..."(٢).

ومن تطبيقات مبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة (Le principe de l'ēgalitē devant les Emplois publics، قضى مجلس الدولة الفرنسي في قضـــية بارل وأخرون (Barel et auters) بأنه"...، وإذا كان من حقه أن يأخذ بعين الاعتبار الوقائع والمظاهر المخالفة لواجب التحفظ الذي يجب على المرشحين احترامه، فلا يمكنه دون مخالفة مبدأ مساواة جميع الفرنسيين أمام تولي الوظائف العامة استبعاد مرشح من قائمة المرشحين بسبب معتقداته السياسية"(٣). وفي حكم آخر قضى المجلس"بعدم شرعية قرار وزير الصحة القاضي بإعداد قائمة المقبولين لدورة تأهيل مساعدي العمل في إدارات المستشفيات الحكومية لإخلالها بمبدأ المساواة أمام تولي الوظائف العامة" (٤). وقد استقر اجتهاد القضاء الإداري في الأردن على أنه"لا يجوز التمييز بين المرشحين لتولي الوظائف العامة بسبب آرائهم ومعتقداتهم السياسية"(٥). كما استقر اجتهاد القضاء الإداري على عدم شرعية التمييز بين المرشحين لتولي الوظائف العامة بسبب معتقداتهم الدينية. مثال ذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي"بعدم شرعية قرار الوزير المتضمن استبعاد الآنسة بيس (Beis) من العمل كمدرسة بسبب معتقداتها

---

(١) قرار رقم ٦٤/١٠٧، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، عدد ٨ سنة ١٩٦٥ ص ١٠٥٦.

(٢) قرار رقم ١٢١/ ٨٩، مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٩١م ص ٣٥٧، وقرار آخر صدر في ١٩٨٩/١٢/٣٠م.

(٣) C.E., 28 mai 1954, R.D.P, 1954. P. 509 et suiv.

(٤) C.E., 28 sēpt 1988 Merlenghi, A. J. D. A., mars 1988, p. 197.

(٥) انظر على سبيل المثال : عدل عليا، قرار صدر في ١٩٧٥/٧/٣١، مجلة نقابة المحامين ١٩٧٥، ص ١١٥٧، وقرار صدر في ١٩٨٨/٣/١٩، مجلة النقابة سنة ١٩٨٠، ص ١٢١١.

الدينية"[1]. "وبعدم شرعية القرار الصادر من الوزير المتضمن استبعاد الآنسة باستو (Basteau) من العمل كمساعدة اجتماعية في إدارة الصحة المدرسية والجامعية بسبب معتقداتها الدينية"[2]. كذلك استقر اجتهاد القضاء الإداري على عدم شرعية التمييز بين المرشحين لتولي الوظائف العامة لاعتبارات الجنس (الرجال والنساء). في هذا الخصوص قضى مجلس الدولة الفرنسي"بعدم شرعية القرار الصادر بحرمان امرأة من دخول الامتحان المهني لقضاء المستعمرات"[3]، "وبعدم شرعية القرار الصادر برفض تعيين امرأة في سلك القضاء اجتازت الامتحان المقرر"[4]،"وبعدم شرعية استبعاد امرأة متزوجة من تولي المناصب البلدية أو البقاء فيها"[5]،"وبعدم شرعية قرار رئيس للبلدية القاضي باستبعاد تعيين امرأة للعمل كسكرتيرة البلدية التي يرأسها"[6]. كما ألغى المجلس في حكم آخر"القرار الضمني الصادر عن وزير التعليم الوطني برفض إلغاء نص المادة رقم (٧) من مرسوم ١٩٣٧/١٠/١١ الخاص بنظام معلمي ومعلمات المدارس الداخلية للتمييز بين الجنسين في تشكيل مجالس التأديب الخاصة بمحاكمة هذه الفئة"[7].

وفي نطاق مبدأ المساواة أمام التكاليف العامة (Le principe de l'ēgalitē devant les charges publiques)، والذي يشكل :

---

(١) C.E., 25 juillet 1939, Rec., leb., p. 524.

(٢) C.E., 8 dēcembre 1948, Rec., leb. P, 464.

(٣) C.E., 3 dēcembre 1948, D. Louys, Rec., leb. P, 451.

(٤) C.E., 13 janvier 1956, Dame Defix, ēpouse Gaillard, Rec., leb., p.14.

(٥) C.E., 11 mai 1960 , ville de Strasbourg, Rec., leb., p.194.

(٦) C.E., 9 dēcembre 1966, Commune de Clohars – Carnot C/ Delle Podeur, D. 1967 p. 92.

(٧) C.E., 26 juin 1989 , Fēderation des syndicats gēnēraux de l'education nationale et de la Rēcherche, A.J.D.A., novembre 1989 pp.725 et 726.

المساواة أمام الضرائب العامة(l''ēgalitē devant l'impot)

المساواة أمام استعمال المال العام (l''ēgalitē dans l'usage du domaine public)

المساواة أمام الرســـوم والطلبات الأخرى (l'ēgalitē dans le domaine des rēquisitions) taxes et des requisitions)

نجد أن للقضاء الإداري تطبيقات متعددة في هذا النطاق.

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي مبدأ المساواة أمام الضرائب العامة منذ سنة ١٩٢٢ بمناسبة حكمة في قضية السيد Fontan [١]، ثم في قضية Abdouloussen [٢]، وفي قضية (Soc. Job et soc. Anony des cigarettes Melia)[٣]، وفي قضيـــــــــة (comp, Nat. d'Escompte de Paris)[٤].

كذلك أكد المجلس مبدأ المساواة أمام اســـتعمال المال العام في الكثير من أحكامه ابتداء من سنة ١٩٢٨ بمناسبة قضية (Laurence)[٥]. واستقر اجتهاد المجلس في تأكيد هذا المبدأ بعد هذا التاريخ وذلك في أحكام متعددة منها حكمه في قضـــية (Genthon)[٦]، وحكمه في قضية (Despujas)[٧]، وحكمه في قضية السيد (Kochhan)[٨].

---

(١) C.E., 5 mai 1922, Rec., Leb. p. 386.

(٢) C.E., 23 novecbre 1936 , Rec., Leb. P. 1015

(٣) C.E. 14 mars 1941, Rec., Leb. P. 40.

(٤) C.E., 22 dēcembre 1950, Rec., Leb p. 632.

(٥) C.E18 mai 1928 , D.P, 1928 3,p.65.

(٦) C.E., 5 juin 1929, Rec., Leb.p.542.

(٧) C.E., 10 janvier 1930, D.P., 1930, 3, P.16.

(٨) C.E., 23 octobre 1942, Rec., Leb.,p. 289.

ولمبدأ المساواة أمام الرسوم والطلبات الأخرى تطبيقات متعددة في أحكام مجلس الدولة الفرنسي منذ سنة ١٩٤٤ في حكمه في قضية السيد (Gays)[١]. وتواترت أحكام المجلس في هذا المبدأ وخاصة في حكمه في قضية (Soc. Bazaine publicitē)[٢] وفي قضية (Soc. Anony. D'Alimentation d'Esparge)[٣]، وفي قضية السيدة (Dame Bonthoux et epoux chauvet)[٤].

المبحث الثاني
أنواع الحريات المحددة بنصوص قانونية

هنالك العديد من الحريات المنصوص عليها في الدساتير، والتي لم يحدد المشرع الدستوري السمات العامة لها، وأن موقف المشرع بصددها لم يتجاوز حدود بيان الاختلاف بينها واستخلاص المبادئ العامة لها.

إن تحديد مبادئ قانونية عامة لهذه الحريات غالباً ما يكون بسبب عدم تنظيم هذه الحريات بشكل كامل. لذلك أظهر القضاء الإداري في تفسيره للنصوص المتعلقة بالحريات العامة قدراً من الحرية الأمر الذي سمح له بترجيح أفكاره التحررية سواء إزاء الحريات الفردية التقليدية كحرية الاعتقاد والعقيدة، وحرية التعليم، وحرية التنقل، أو إزاء الحريات الاقتصادية كحرية التملك، وحرية ممارسة الصناعة والتجارة.

---

(١) C.E., 2 juin 1944, Rec., Leb., 159.
(٢) C.E., 26 octobre 1945, Rec., Leb. P.211.
(٣) C.E., 16 novembre 1949, Rec., Leb., p. 126.
(٤) C.E., 16 novembre 1951, Rec., Leb., p.535.

المطلب الأول
الحريات الفردية التقليدية

الحريات الفردية التقليدية متعددة، منها ما يتعلق بالحريات الأساسية أو الشخصية: كحرية التنقل، وحرية المراسلات وحرمة المسكن، وحق الأمن، والحق في الحياة الخاصة، ومنها ما يتعلق بالحريات الفكرية: كحرية الرأي، وحرية العقيدة والاعتقاد، وحرية التعليم، وحرية الصحافة، وحرية الاجتماع، وحرية تكوين الجمعيات والأحزاب السياسية[1].

ومن بين الحريات الفردية التي اعتنى بها القضاء الإداري حرية الاعتقاد والعقيدة وحرية التعليم.

أولا : مبدأ حرية الاعتقاد والعقيدة

(Le Principe de La Libertēde conscience et des cultes)

اعتنى القضاء الإداري بحرية الاعتقاد والعقيدة رغم تنظيمها تشريعيا بنصوص دستورية وقانونية على اعتبار أن هذه النصوص جاءت غير كافية لبيان كل ما يتعلق بها من جميع النواحي. لذا ترك للقضاء أمر بيان ما غمض من النصوص وإيجاد الحلول القضائية لممارسة هذه الحرية.

ومثال ذلك نص قانون رقم ٩ ديسمبر ١٩٩٥ على أن"الجمهورية الفرنسية تضمن حرية الاعتقاد (La Libertē de conscience) وتضمن حرية ممارسة العقائـــد (des cultes) في إطار المحافظة على النظام العام".

---

(١) COLLIARD Claude – Albert, libertēs publiques, Dalloz, Paris, 1982 pp.215 et suiv.

إن رقابة القضاء الإداري بخصوص حرية الاعتقاد والعقيدة تحتاج إلى يقظة وتنبه من القاضي، لأن الاعتداء على هذه الحرية يكون بصور مختلفة وبأشكال متعددة، وقد يكون الاعتداء بصورة مباشرة أو بصور غير مباشرة[١].

في هذا الخصوص ألغى مجلس الدولة القرار الصادر من عمدة مدينة De Valenciennes الذي يعتمد بمقتضاه طريقة واحدة لذبح الحيوانات في المسالخ، ويمنع بالتالي الذبح على طريقة الديانة اليهودية، لأن في ذلك اعتداء على الحرية الدينية..."[٢]. وفي حكم آخر ألغى المجلس "القرار الصادر من محافظ De La Haute Savoie الذي يجبر المسافرين على بيان ديانتهم في وثائق الفندق"[٣]. وألغى المجلس "القرار الصادر من وزير التعليم المتضمن استبعاد الآنسة (Beis) من العمل كمدرسة بسبب معتقداتها الدينية وتخرجها من مدرسة كنسية"[٤]. وألغى أيضا "القرار الصادر من وزير التعليم برفض تعيين الآنسة (Jamet) كمدرسة بسبب معتقداتها الدينية ولكونها تقضي بعض الساعات من كل يوم في مؤسسة كنسية"[٥]. وفي قضية الآنسة (Basteau) قضى المجلس "بعدم شرعية القرار الصادر من وزير التعليم باستبعاد الآنسة باستو من العمل كمساعدة اجتماعية في إدارة الصحة المدرسية والجامعية بسبب معتقداتها الدينية"[٦].

وعلى العكس من ذلك قضى المجلس "بشرعية القرار الصادر من وزير التعليم القاضي برفض دخول الأب (Abbe Bouteyre) أحد القساوسة الكاثوليك في

(١) DE VABRES Donnedieu, Etudes et Documents , 1949, p. 32.

(٢) E., 27 mars 1936, Association cultuelle Israēlite de Valencienne, D.H. 1936, p. 351.

(٣) C.E., 9 juillet 1943, Sieur Ferrand , Rec., Leb., p.176.

(٤) C.E., 25 jullet 1939 , Demoiselle Beis, Rec., Leb., p.534.

(٥) C.E., 3 mai 1950, Demoiselle Jamet, Rec, Leb., 247.

(٦) C.E., 8 dēc. 1948, Demoiselle Pasteau, Rec., Leb., p. 464.

المسابقة المخصصة لإجازة تدريس مادة الفلسفة"(١). أسس المجلس قراره هذا على نص المادة (١٧) من القانون الصادر في (٣٠) أكتوبر ١٨٨٦ التي تقصر التدريس في المدارس الابتدائية والثانوية الحكومية على الأشخاص العلمانيين (Les Personnes Laiques) لتفادي غرس العقائد الدينية (endoctrinement) في نفوس الطلبة(٢).

وفي أحكام حديثة نسبياً ألغى المجلس العديد من القرارات الإدارية لمساسها بالحريات الدينية(٣). كذلك ألغت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان العديد من القرارات لانتهاكها الحريات الدينية للأفراد(٤).

وخلاصة القول فقد استقر اجتهاد القضاء الإداري في فرنسا على عدم شرعية التمييز بين المرشحين لتولي الوظائف العامة استناداً لمعتقداتهم الدينية احتراماً لمبدأ المساواة في تقلد الوظائف العامة، الذي ما هو إلا نتيجة لمبدأ العلمانية (Principe de Laîcitē) الذي تبنته فرنسا من خلال دستورها الحالي لسنة ١٩٥٨ (المادة رقم ٢). هذا المبدأ الذي ينظر إليه باعتباره سمة من سمات الحياد (de La neutralitē)(٥).

---

(١) C.E., 12 mai 1912, Abbe Bouteyer, G.A.J.A., N° 28.

(٢) يجب الإشارة إلى أنه في الوقت الحاضر يسمح لرجال الدين المسيحي Le Clerk تولي الوظائف العامة في الدولة.

(٣) C.E., 20 Oct. 1999Ministre de L'Education national, de la Recherche et de la Tēchnologiē C/ M. et Mme Ait Ahmed, A.J.D.A., Fēv 2000 pp. 165 et suiv; 14 avril 1994, consistoire central des Israēlites de france et autres, R.D.P., 1996, p. 867; 14 avril 1994, M. Koen, R.D.P., 1997 P. 1783.

(٤) Cour Europeenne des droits de l'homme (ECDH). 27 Avril 1999, Martins Casimiro et Cervirra Ferreirac/ Luxembourge, Req. No: 44888/ 98; 6 avril 2000, Thlimmenos C/ Rec., Leb., 19, 26 Crece, Req No 343369/ 79; 25 mai 1993, KOKKINAKIS C/ Crece, nov. 1991, Sunday Times c/ ROYAUME – Uni, S.A, N° 217 Rec., pp. 28 et 29.

(٥) DE FORGES Jean- Michel, droit de la Fonction publique, P.U.E., Paris , 1986 p. 144.

في الأردن، أكدت المادة (١٤) من الدستور الحالي لسنة ١٩٥٢ على أن"تحمي الدولة حرية القيام بشعائر الأديان والعقائد طبقاً للعادات المرعية في المملكة ما لم تكن مخلة بالنظام العام أو منافية للآداب". ورغم عدم عثورنا على أية قرارات صادرة عن محكمة العدل العليا الأردنية تتعلق مباشـــرة بحرية العقيدة والاعتقاد، إلا أننا نعتقد أن المحكمة لن تتردد في حماية هذه الحرية وإلغاء أي قرار يمس هذه الحرية أو يعطلها احتراماً للدستور".

ثانيا: مبدأ حرية التعليم (Le Principe de la liberte d'enseignement)

تعتبر حرية التعليم من الحريات التي تذكر عرضاً (incidemment) في النصوص الدستورية والقانونية، لذلك أظهر القضاء الإداري قدراً كبيراً من الحرية في إنشاء مبادئ قانونية عامة بصددها[1]. مثال ذلك نص المادة رقم (٩١) من قانون (٣١) مارس ١٩٣١ الذي يؤكد على"أن حرية التعليم تعد من المبادئ الأساسية للجمهورية الفرنسية".

وفي مذكرته في قضية (Guilloux et Ramatis) أكد الأستاذ GUIONIN"أن المبادئ العامة للقانون الخاصة بمبدأ حرية التعليم لم تنتج عن نص قانوني وحيد منصوص عليه في قانون أو في الدستور، وإنما تعتبر جزء من القواعد العامة التي تهيمن على القانون العام والناتجة عن مجموعة من التشريعات المتلاحقة.."[2].

أكد مجلس الدولة الفرنسي مبدأ حرية التعليم في العديد من أحكامه منذ ســـنة ١٩٤٢. ففي حكمه الصادر في قضية"الاتحاد الوطني لأولياء أمور طلبة التعليم

(١) JEANNEAU Benoit, op. cit., p.46.

(٢) Sur C.E., 10 Mars 1950, Rec. Leb., p. 150.

الحر"قضى المجلس بحرية التعليم في مدارس التمريض(١). وفي حكم آخر بعنوان"اتحاد أصحاب الحرف في منطقة بريتون وآخرون" قضى المجلس بحرية التعليم الخاص دون أن يشـــير إلى النصوص القانونية(٢)

وفي أحكام حديثة أكد المجلس هذا المبدأ، ومنها حكمه في قضية"جمعية الترقيات وآخرون(٣)، وفي قضية"مؤسسة دون بوسكو"(٤). وأكدت هذا المبدأ أيضا المحاكم الإدارية الاستئنافية في فرنسا، ومن قبل ذلك حكم المحكمة الإدارية الاستئنافية (نانت)(٥). وكذلك المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في أحكام متعددة: منها حكمها الصادر في سنة ١٩٩٩ في قضية مارتن كازيمبرو برفض اعتبار يوم السبت يوم عطلة مدرسية للطلاب اليهود في فرنسا لتعارض ذلك مع حرية التعليـــم(٦)، وحكمها الصادر في سنة٢٠٠١ في قضية"السيدة دهلاب"، حيث قضت بشرعية القرار الصادر من الجهة المختصة يمنع المعلمات المسلمات من لبس الحجاب الشرعي (Le Foulard) داخل المدرسة لتعارض ذلك مع حرية التعليم(٧).

(١) C. E., 7 Janvier 1942, Union Nationnale des Associations de parents d'eleves de L'enseignement Libre, Rec., Leb., p.2.

(٢) C.E., 6 fēvrier 1946, Fēderation des artisans bretons et autres, Rec., Leb., p. 42.

(٣) C.E., 6 octobre 2000, Association promouvoir et autres, A.J.D.A., dēc. 2000 p. 1060.

(٤) C.E., 31 Janvier 2001, Fondation Don Bosco, A.J.D.A., mai 2001 pp. 484 et suiv

(٥) CAA Nantes, 5 octobre 2000, Mlle Bories, A.J.D.A., 20 novembre 2000, pp. 890 et suiv.

(٦) CEDH, 27 Avril 1999, Martins Casimiro et Cervira Ferreira c/ Luxem bourg.

(٧) CEDH, 15 fēvrier 2001, Mme Dahlab c/ suisse, A.J.D. A., mai 2001 P.P 480 et suiv.

في جميع هذه القرارات أكد القضاء الإداري والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن حرية التعليم مستمدة من مبدأ العلمانية (Laicitē) ومبدأ الحيدة (Neutralitē)، الذي تتبناهما فرنسا(١).

في الأردن، نصت المادة رقم ٣٢/٦ من الدستور على أن"تكفل الدولة العمل والتعليم ضمن حدود إمكانياتها وتكفل الطمأنينة وتكافؤ الفرص لجميع الأردنيين".

من الملاحظ أن النص الدستوري قد أكدَّ على حق الأردنيين في التعليم، لذلك ترك للقضاء الإداري في الأردن إيجاد المبادئ العامة بصدد هذا المبدأ.

وبالرجوع إلى الأحكام الصادرة عن محكمة العدل العليا الأردنية، نجد العديد من الأحكام التي تؤكد على احترام مبدأ حرية التعليم بصورة مباشرة وبصورة غير مباشرة. ففي حكمها الصادر في سنة ١٩٨١م قضت المحكمة"بأن قرار وزير التربية والتعليم بمعادلة الشهادة قبل وجود لجنة معادلة الشهادات يعتبر قرارا صادرا عن جهة مختصة ويصبح حق المستدعية في معادلة شهادتها بعد اكتساب هذا القرار الصفة القطعية حقاً مكتسباً لا يجوز المساس به أو إجراء معادلة جديدة لهذه الشهادة"(٢). وقضت أيضا"بأن الاعتراف بالجامعات ومؤسسات التعليم الأجنبية ومعادلة شهاداتها وتشكيل اللجان المختصة بذلك ونشر الجداول الخاصة بتلك الجامعات وأي تعديل يطرأ عليها جميعها داخلة في اختصاص التعليم العالي، وعليه فإن وزارة التعليم العالي هي المختصة بمعادلة الشهادات وليست وزارة التربية والتعليم عملا بالمادة رقم (٩) من قانون التعليم العالي رقم (٢٨) لسنة ١٩٨٥م. ترتيبا لذلك فإن من المبادئ المقررة أنه إذا جاءت قاعدة ونظمت من جديد قاعدة قديمة فإن القاعدة الجديدة تلغي القاعدة القديمة سواء وردت القاعدة الجديدة في

(١) C.E., 6 octobre 2000 precitē.
(٢) عدل عليا أردنية، قرار رقم ٨٠/٧٦٧، مجلة نقابة المحامين عدد (٥) لسنة ١٩٨١م، ص ٥٨٤.

قانون خاص أو عام، وسواء كانت هذه القاعدة الجديدة تتعارض مع القاعدة القديمة أم لا"(١). وقضت كذلك"بأن القرار الصادر عن مدير التربية والتعليم ورئيس أعضاء لجنة الغش في مديرية التربية والتعليم القاضي بإلغاء امتحان المستدعية شريطة أن يكون التحقيق مع المستدعية قد تم وفقا للقواعد والمبادئ الأساسية في التحقيق الإداري ومراعيا للأصول العامة والمبادئ القانونية العامة وحقوق الدفاع..."(٢)، وهناك العديد من القرارات التي تؤكد أحكام مبدأ حرية التعليم بصورة مباشرة وغير مباشرة لا يتسع المقام لذكرها(٣).

المطلب الثاني
الحريات الاقتصادية

الحريات الاقتصادية متعددة ومتنوعة: كحرية التملك وحرية ممارسة الصناعة والتجارة والحق في العمل. ومن بين الحريات التي اعتنى بها القضاء حرية التملك وحرية ممارسة الصناعة والتجارة.

أولا : الحق في الملكية أو التملك (Le droit de Proprietē):

تؤكد معظم الدساتير أن حق الملكية الخاصة أحد الحقوق المصونة. فالدستور الفرنسي أكدَّ في المادة (٣٤) على أن"القانون هو الذي يحدد المبادئ الأساسية للحق بالتملك والحقوق العينية والالتزامات المدنية والتجارية ..."ويؤكد الدستور الأردني

(١) عدل عليا أردنية، قرار رقم ٨٥/١٥١، مجلة نقابة المحامين عدد (٣، ٤) لسنة ١٩٨٧م، ص ٤٩٠.
(٢) عدل عليا أردنية، قرار رقم ٨٦/١٠٨، مجلة نقابة المحامين عدد (٩، ١٠) لسنة ١٩٨٧، ص ١٥١٠.
(٣) انظر تحت باب"تربية وتعليم" مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة العدل العليا الأردنية في ٢٥ عاما ١٩٧٢-١٩٩٧م، الخطيب نعمان أحمد، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة، الطبعة الأولى ٢٠٠١م، ص ٢٠٩ وما بعدها.

على أنه"لا يستملك ملك أحد إلا للمنفعة العامة وفي مقابل تعويض عادل حسبما يعين في القانون". وأكدت المادة (١٧) من إعلان الحقوق الفرنسي لسنة ١٧٨٩ على أن"الملكية حق غير قابل للانتهاك ومقدس، ولا يترع ملك أحد إلا لغايات المنفعة العامة ومقابل تعويض عادل"، ونصت المادة (١٧) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨ على أن"لكل شخص حق التملك بمفرده أو الاشتراك مع غيره ولا يجوز تجريد أحد من ملكه تعسفاً".

وقد أولى القضاء الإداري أهمية خاصة للملكية الخاصة وألغى الكثير من القرارات المخالفة لمبدأ حق التملك أو الملكية الخاصة. ورغم أن القضاء الإداري لم يؤسس قراراته على نص المادة ٥٤٤ من القانون المدني الفرنسي ولم يشر إليها في حيثيات أحكامه إلا أنه لم يغفل النصوص القانونية التي تحمي الملكية الخاصة سواء في الدستور الفرنسي أو في إعلانات حقوق الإنسان والتشريعات المنظمة للملكية.

ففي نطاق الضبط الإداري، فإن السلطات الإدارية لا تملك إلا سلطات ضيقة في نطاق حق الملكية للأفراد. فلا تستطيع أن تمنع المالك من التصرف بملكه الخاص بالبيع أو الهبة أو التنازل للغير أو البناء عليه ... في هذا الخصوص ألغى مجلس الدولة"القرار الصادر من البلدية القاضي بمنع أحد المالكين من حفر بئر في بيته"(١) والقرار الصادر من البلدية"بمنع أحد الأشخاص من بناء مستشفى للمصابين بأمراض عقلية في أرضه"(٢)، والقرار الصادر من محافظ مدينة Correze والذي يعتبر أن"تملك أي عقار مفروش أو غير مفروش دون إذن مسبق من العمدة لتعارض ذلك مع حرية الأفراد وحقهم في التملك"(٣).

(١) C.E., 18 mars 1898, S., 1899, 3,p.1.

(٢) C.E., 19 dēc. 1902, sauton, S., 1903, 3, p.95.

(٣) C.E., 6 fēv. 1948, Verhiac, Rec., Leb., p. 63; 27 avril 1945, Union de la propriete batie de L'Albigeois, Rec., Leb., p. 85.

وألغى المجلس العديد من القرارات الإدارية الخاصة بمبدأ حق التملك، وخاصة القرارات المتعلقة برفض منح تراخيص مسبقة للقيام بأعمال على العقارات والأراضي، وقد أنصب الإلغاء في الغالب على عيب الانحراف بالسلطة عن المصلحة العامة، ومن قبيل ذلك القرار الصادر في قضية (Tabouret et Larache) [1]، وقضية السيد (Baudoin)[2]، وقضية الأزواج (Epoux Moreau et Basin)[3]وقضية السيد (Jeam Adolphe)[4].

وفي الأردن ألغت محكمة العدل العليا الأردنية العديد من القرارات الإدارية لانتهاكها لمبدأ حق التملك باعتباره أحد المبادئ الدستورية. ففي حكمها الصادر في سنة ١٩٨١م ألغت المحكمة"القرار الصادر عن مجلس الوزراء القاضي باستملاك أرض لأحد الأفراد لمخالفة ذلك لحق التملك"[5]. وفي قرار آخر ألغت المحكمة القرار الصادر عن أمين العاصمة القاضي بحيازة أرض لأحد الأفراد لمخالفة ذلك لحق التملك ولعدم اتباع الإجراءات القانونية التي يحددها القانون[6]وقضت أيضا"بإلغاء القرار الصادر عن أمين عمان الكبرى الخاص بالحيازة الفورية لأرض أحد الأفراد لمخالفة ذلك للقانون"[7].

(١) C.E., 9 juillet 1943, Rec., Leb., p. 182.

(٢) C.E. 22 dēc. 1944, Rec., Leb., p. 330.

(٣) C.E. 18 oct. 1946, Rec., Leb., p. 237.

(٤) janv. 1946, Rec., Leb., p. 10.

(٥) عدل عليا أردنية، قرار رقم ٨١/٨٢، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨١، ص ٨٤٢.

(٦) عدل عليا أردنية، قرار رقم ٧٥/٧٢، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٧٦، ص ٢٥٠.

(٧) عدل عليا أردنية، قرار رقم ٩٤/٤٨، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٥، ص ٥٩١.

من الملاحظ أن المحكمة ألغت هذه القرارات لمخالفتها الصريحة للقانون إلا أنه يستفاد من مجموع هذه الأحكام ومن غيرها من الأحكام الصادرة عن المحكمة، إن حق التملك هو حق دستوري، وفي نفس الوقت يعتبر أحد المبادئ القانونية العامة[1].

ثانيا : مبدأ حرية ممارسة التجارة والصناعة

(Le Principe de La liberte du commerce et de l'industrie)

يعد مبدأ حرية ممارسة التجارة والصناعة من المبادئ العامة للقانون التي أهتم بها القضاء الإداري وخاصة في مجال الضبط، وتدخل السلطات في المجال الاقتصادي.

١- **ففي مجال الضبط:** أكدّ القضاء الإداري على وجوب ممارسة حرية التجارة والصناعة كنشاط مهني خاص بما لا يتعارض مع النظام العام. والمشرع وحده فقط يستطيع منع أو تحديد أو تنظيم ممارسة التجارة والصناعة، وتملك سلطات الضبط الإداري تنظيم النشاط المهني في حدود أغراضها، ولا تستطيع منعه أو إخضاعه لنظام الترخيص السابق[2]. في هذا الصدد استقرت أحكام القضاء الإداري على إلغاء قرارات سلطات الضبط الإداري الخاصة بالمنع المطلق لممارسة التجارة والصناعة، فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي "بأنه إذا كان من حق مدير الشرطة اتخاذ الإجراءات الضرورية لعلاج الأضرار التي يمكن أن تمثلها طريقة ممارسة مهنة التصوير بالنسبة للمرور، وخاصة حظر ممارسة تلك المهنة -عند الضرورة- في شوارع معينة أو ساعات معنية حيث تزداد كثافة المرور وصعوبته، غير أنه لا يجوز أن يأمر بالمنع العام والذي ينطوي على تعد على حرية التجارة والصناعة في منطقة ممتدة كتلك التي نصت عليها المادة رقم (٦) المتنازع عليها، ذلك أن النصوص وغيرها من

---

(١) انظر تحت باب "استملاك"، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة العدل العليا الأردنية في (٢٥) عاما ١٩٧٢-١٩٩٧م، الخطيب، نعمان أحمد، مرجع سبق ذكره، ص ٩٦ وما بعدها.

(٢) فوزي، صلاح الدين، المبادئ العامة في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩١ ص ٧٠.

الأحكام التشريعية لا تسمح بذلك"[1]. وفي حكم آخر قضى المجلس"بعدم شرعية المنع المطلق لتوزيع المطبوعات"[2]"وعدم شرعية منح ترخيص لعرض لوحة إعلان في الطريق العام"[3]"وعدم شرعية القرار الصادر بمنع ممارسة مهنة التصوير الفوتوغرافي"[4]، وذلك لمخالفة هذه القرارات لمبدأ حرية الصناعة والتجارة. وهنالك العديد من القرارات الخاصة بمبدأ حرية الصناعة والتجارة[5].

٢- **وفي المجال الاقتصادي** (domaine ēconomipue)، فقد ألغى مجلس الدولة الفرنسي القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات المحلية في مجال التدخل في نشاطات الاقتصاد الخاص. وهذا ما أكده المجلس في عدد من الأحكام ابتداء من سنة١٩٥١ في قضيةDescroix[6]، ثم في قراره في قضية Syndicat de la Boucherie[7]، وفي قضية Agents d'assurances de Betfort[8] وفي قضية[9] Lapeyre، وقضية Dubot[10]، وقضية Boudet[11]، وقضية[12] Mollet.

في الأردن، أكد قضاء محكمة العدل العليا الأردنية على مبدأ حرية الصناعة والتجارة في أحكام عديدة. في هذا الخصوص قضت المحكمة"بأنه ليس من حق وزير

(١) C.E., 15 octobre 1965, Acaraz, A.J.D.A., 1965 P. 662.
(٢) C.E., 23 octobre 1936, Union Parisienne de Syndicates de l'impremerie, D. 1973 p. 6.
(٣) C.E., 2 avril 1954, Petronelli, Rec, Leb. P. 208.
(٤) C.E., 22 janvier 1951, Daudignac, Fēdēration des photographes – filmeurs, Mauries et autres, D., 1951 J., P. 589.
(٥) C.E., 22 Nov. 1944, Couturier et autres, Rec., Leb., p. 329; 14 fēv. 1945, Sieur Bessan, Rec, Leb., p. 32 ; 23 juill.
(٦) C.E., 1 janv. 1901, S., 1901, 3., P. 41.
(٧) C.E., 6 mars 1914, S., 1920,3., p. 79.
٨) C.E., 20 janv. 1921, S., 1921 , 3,P. 33 .
(٩) C.E., 14 fēv, 1913 , S. 1918, 3., P. 31.
(١٠) C.E., 11 janv 1919, Rec., Leb., p.371.
(١١) C.E., 21 nov. 1923, Rec., Leb., p.737.
(١٢) C.E., 27 fev 1942, Rec., Leb., p.64.

الشؤون البلدية والقروية أن يحظر الترخيص للصناعة في موقع منظم لها، أو الترخيص في موقع غير منظم لهذه الغاية"[1]. وفي حكم آخر قضت المحكمة"بأن توجيه الأخطار التنفيذي لإزالة مشاغل المستدعين المقامة في منطقة تجارية متفقاً مع أحكام القانون ولا يرد الاحتجاج بأن المهن التي يمارسها المستدعون تدخل في عداد الخدمات التجارية وليست الصناعية"[2].

وقضت كذلك"بأن عدم قبول المجلس البلدي تجديد رخصة مصنع حفاظا على صحة السكان وعدم إقلاق راحتهم يعتبر قراراً في محله ومبني على أساس سليم"[3].

وأكدت المحكمة في حكم آخر"أن شروط منح رخصة مزاولة صناعة معينة لا ترقى إلى درجة حرمان الطالب من الحصول على الترخيص لمزاولة المهنة في الموقع المخصص تنظيميا لمزاولتها[4]. وألغت المحكمة القرار الصادر من الحاكم الإداري"القاضي بإغلاق أحد المحلات المرخصة بدواعي الأمن لأن هذا الأمر يدخل في ولاية المحاكم وليس الحكام الإداريين"[5].

وصرحت المحكمة بعبارات واضحة بأنه"يتعين على الإدارة احترام مبدأ حرية التجارة والصناعة حين تنظيمها للنشاطات التجارية والصناعية التي يزاولها الأفراد، ولكن لا يعد تنظيم المهن افتئاتا على حريات الأفراد الذين يزاولونها"[6].

---

(١) عدل عليا، قرار ١٧٥/ ٨٢، مجلة نقابة المحامين عدد ٨ لسنة ١٩٨٤، ص ١١٨٤.

(٢) عدل عليا، قرار ٣٧٥/ ٩٤، مجلة النقابة، عدد ١١، ١٢ لسنة ١٩٩٥، ص ٣٠٧٩.

(٣) عدل عليا، قرار ١/ ٨٢، مجلة النقابة، عدد ١١ لسنة ١٩٨٢، ص ١٥٠٠.

(٤) عدل عليا، قرار ٧٢/ ٨٢، مجلة النقابة، عدد ١ لسنة ١٩٨٤، ص ٢٧.

(٥) عدل عليا، قرار ٢٦/ ٨٨، مجلة النقابة، عدد ٨ لسنة ١٩٨٤، ص ١١٨٤.

(٦) عدل عليا، قرار رقم ٦/٨٠، مجلة النقابة لسنة ١٩٨٠، ص ٤٤٣، انظر أيضا قرار رقم ٦٩/١١، مجلة النقابة لسنة ١٩٦٩، ص ٥٩.

يُستفاد من هذه الأحكام أن محكمة العدل العليا الأردنية ألغت هذه القرارات بالإضافة إلى مخالفتها للقوانين ألا أنها صرحت بعبارات واضحة أنه يجب على الإدارة احترام مبدأ حرية التجارة والصناعة سواء في مجال الضبط أو في مجال الأمن الاقتصادي لأن هذا المبدأ يعد أحد المبادئ القانونية العامة.

الفصل الثالث
المبادئ العامة للقانون
المتصلة بصورة غير مباشرة بفكرة الحرية

هناك طائفة من المبادئ العامة للقانون لا ترتبط ارتباطا وثيقا ومباشرا بفكرة الحرية، وإنما هي مبادئ عامة للقانون تعتبر وسائل موجهة لحماية الحريات العامة والأساسية للأفراد.

وتختلف هذه الطائفة من المبادئ عن الطائفة الأولى التي ترتبط مباشرة بفكرة الحرية من حيث أنها تظهر بشكل واضح على الصعيد القضائي، أي في أحكام القضاء، وأنها قواعد ومبادئ غير مكتوبة، ويمكن تقسيمها إلى نوعين :

- المبادئ العامة للقانون المتصلة بتنظيم السلطات العامة.
- المبادئ العامة للقانون المتصلة بوظيفة القضاء الإداري.

المبحث الأول

المبادئ العامة للقانون المتصلة بتنظيم السلطات العامة

تظهر هذه الطائفة من المبادئ في ثلاث صور هامة هي :

- مبدأ المجال المحجوز للقانون.
- مبدأ أن سلطات الحكومة المستقيلة محددة بتصريف الشؤون العامة.
- مبدأ التظلم الرئاسي.

المطلب الأول

مبدأ المجال المحجوز للقانون

Le Principe d'un domaine reservē a La loi

من المعلوم أن النصوص الدستورية والتشريعية لا تحدد بشكل تفصيلي ودقيق اختصاصات السلطتين التشريعية والتنفيذية. فبعض التشريعات كالدستور الفرنسي تحدد بشكل عام اختصاصات السلطة التشريعية، أي الموضوعات والمسائل التي لا يمكن تنظيمها إلا بمقتضى قوانين: مثال الحقوق المدنية والضمانات الأساسية الممنوحة للمواطنين، والجنسية والنظام المالي، والمواريث، والحريات، وتحديد الجرائم (مادة ٣٤).

كذلك تضمن الدستور الأردني الحالي لسنة ١٩٥٢ العديد من النصوص الدستورية التي تعطي الحق في تنظيم موضوعات معينة للمشرع العادي ومنها على سبيل المثال: الجنسية، نزع الملكية للمنفعة العامة، الصحافة والطباعة، الجمعيات والأحزاب السياسية، وأنواع المحاكم.

ولقد اظهر القضاء الإداري قدرا من الشدة في حالة القرارات التي تنتهك النصوص القانونية المنظمة لاختصاصات السلطتين التشريعية والتنفيذية. في هذا الصدد رفض مجلس الدولة الفرنسي"الدعوى المقدمة من المستدعين بعد أن حدد بأن مجالس العمل تعد أجهزة معلومات ولا تملك أي سلطات بإصدار قرارات بالمعنى القانوني"[(١)]. وصدر هذا القرار بمناسبة قضية النقابة الخاصة بصناعة التجهيزات المادية لسكك الحديد. وتتعلق هذه القضية بمعرفة فيما إذا كان المرسوم الصادر في ١٧ ديسمبر ١٩٥٥ الخاص بإنشاء مجالس العمل والمختصة بإصدار قوائم تتعلق بتصنيف الأعمال وتحديد رواتبها في كل منطقة تدخل في اختصاص السلطات اللائحية لرئيس الدولة. وقد ادعت النقابة بأن هذا الاختصاص يجب أن ينظم بواسطة تشريعات وليس بواسطة مجالس العمل، وذلك بسبب الأهمية الخاصة والتأثير الاقتصادي في العلاقات القائمة بين رأس المال والعمل[(٢)].

وفي حكم آخر قضى المجلس"بأن الوزراء لا يختصون بفرض رسوم خاصة وأنه لا يوجد قانون يسمح بفرض رسوم أو عقوبات تمنع مخالفتها"[(٣)]. وألغى المجلس كذلك"قرار وزير العمل الخاص بإنشاء لجان تختص بسلطات قضائية"[(٤)]. وبرر

(١) C.E., 19 fēv. 1904, Chambre Syndicale des fabricants Constructeurs de Materiel pour chemin de fer, S., 1906, 3, p. 75.

(٢) Ibid.

(٣) C.E., 28 fēv. 1947, Syndicat francais des Directeurs de Cinema, Rec., Leb., p. 88.

(٤) C.E., 5 mars. 1948, Fēdēration Nationale des Entreprisē a Commerces multiples, p. 121. Rec, Leb,

المجلس قراره بأن الوزير قد حل محل المشرع المختص بتحديد وتسبيب الاختصاص وبالتالي يكون الوزير قد تجاوز حدود سلطاته.

واعتبر القضاء الإداري الموضوعات التالية من الاختصاص الحصري للمشرع العادي: إنشاء مجموعة تمنح امتيازات السلطات العامة(1)، وتعيين القواعد الخاصة بالوكالات التجارية(2)، والجزاءات الإدارية(3). وبصفة عامة فإن القانون وحده يستطيع وضع قيود على حريات الأفراد الأساسية(4).

وفي الأردن، نجد لهذا المبدأ تطبيقات متعددة في قضاء محكمة العدل العليا الأردنية. في هذا الخصوص ألغت المحكمة"القرار الصادر عن مجلس الوزراء القاضي بتقدير مبلغ التعويض نتيجة نزع ملكية أرض للمنفعة العام لمخالفة ذلك للمادة (١٠) من قانون الاستملاك الأردني التي أناطت صلاحية ذلك بمحكمة البداية التي يقع العقار المستملك ضم اختصاصها"(5). وألغت كذلك"القرار الصادر من المؤسسة الأردنية لتسويق المنتجات الزراعية باستيراد مادة البطاطا والبصل لمخالفة ذلك لقانون المؤسسة الأردنية لتسويق المنتوجات الزراعية رقم (٣٦) لسنة ١٩٧٢ وتعديلاته الذي حصر حق تصدير المنتوجات الزراعية بمجلس الوزراء"(6). وفي حكم آخر قضت المحكمة بإلغاء"القرار الصادر عن محافظ العاصمة بوضع أحد

(١) C.E., 14 mai. 1948, Sargos, Rec., Leb., p. 208.

(٢) C.E., 30 avril. 1948, Union confēderale de la Couleur et autres, Rec., Leb., p. 183.

(٣) C.E., 31 mars. 1944, De Weird, Rec., Leb., p. 105.

(٤) C.E., 17 dēc. 1948, Azoulay et autres, Rec., Leb., p. 474.

(٥) عدل عليا، قرار رقم ١١٥/ ٩٢، مجلة نقابة المحامين، عدد ١٠، لسنة ١٩٩٢ ص ١٨٤٨.

(٦) عدل عليا، قرار رقم ١٦٤/ ٨٣، مجلة نقابة المحامين، عدد ١٠، لسنة ١٩٨٤ ص ١٥١٢.

الأشخاص تحت العلاج في المركز الوطني للصحة النفسية لمخالفة ذلك لقانون منع الجرائم"(١).

وفي حكم آخر قضت المحكمة"بعدم شرعية القرار الصادر من مدير الجوازات العامة والذي يرفض فيه منح المستدعية جواز سفر أردني بداعي أن الجهات الأمنية أوصت بعدم الموافقة لمخالفة ذلك لقانون جوازات السفر الأردني"(٢).

وهكذا فإن السلطة التنفيذية لا تستطيع التشريع في موضوعات محجوزة لاختصاص السلطة التشريعية، ولكن تستطيع فقط التشريع في موضوعات محددة لها بحسب النصوص القانونية وخاصة في مجال اللوائح المستقلة (اللوائح التنظيمية). كما يستفاد من مجموع هذه الأحكام، إن مبدأ المجال المحجوز للقانون يعد أحد المبادئ القانونية العامة في قضاء محكمة العدل العليا وإن لم تذكر المحكمة ذلك صراحة.

ولكن تثور الصعوبة إذا لم تكن هناك نصوص تحدد بدقة اختصاص السلطة التشريعية. في هذا الصدد يقول مفوض الحكومة Romien في مذكرته بشأن قضية Babin"لا يحق للسلطة التنفيذية أن تتدخل في موضوعات سبق وأن نظمها المشرع، والتدخل المسموح به هو لفت نظر المشرع لتنظيم موضوع محدد"(٣). ويؤكد أيضا السيد Alibert بأن الصعوبة تكمن فيما إذا كان هناك موضوع جديد لم يتناوله المشرع العادي مطلقا. في هذه الحالة فإن إرادة المشرع لا تكفي ولابد من اللجوء إلى معايير أخرى(٤). ويجمع الفقه في هذا الخصوص على اعتبار أن"جميع الإجراءات

(١) عدل عليا، قرار رقم ٣٠/ ٩٥، مجلة النقابة، عدد ١١، ١٢ لسنة ١٩٩٥ ص ٣١٠٤.

(٢) عدل عليا، قرار رقم ١٥٣/ ٨٦، مجلة النقابة، عدد ٤، ٥، ٦ لسنة ١٩٨٨ ص ٦٢٤.

(٣) sur C.E.,4 mai, 1906, Babin S, 1908, S., 1908, 3, P. 111.

(٤) ALIBERT, Le controle juridictionnel de L'Administration au moyen de recours pour excex de pouvoir Paris, Payot, 1926 , p. 195.

التي تقع خارج نطاق التعاقد والتي تفرض بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر على الأفراد التزامات تكون من اختصاص السلطات التشريعية، وعلى العكس من ذلك فإن السلطة التنفيذية تختص بالتشريع في نطاق التنظيم الداخلي للمرافق العامة"(١).

إن مبدأ المجال المحجوز للقانون الذي اعتبر"مبدأ عرفي"(٢) حتى وقت ليس ببعيد، أصبح اليوم من المبادئ الواضحة، لأن الكثير من الموضوعات أصبحت من اختصاص السلطات التشريعية بنصوص دستورية، وأصبحت اختصاصات السلطات العامة في الدولة واضحة إلى درجة كبيرة.

المطلب الثاني
مبدأ مقتضاه أن سلطات الحكومة المستقيلة محددة بتصريف الأمور الجارية

لقد ظهر هذا المبدأ أول مرة في حكم لمجلس الدولة الفرنسي في سنة ١٩٥٢ في قضية (Syndicat rēgional de quotidiens d'Algeriē et autres)(٣). ويتعلق هذا الحكم بمعرفة فيما إذا كانت الحكومة الفرنسية المستقيلة في الجزائر مختصة بالتوقيع على المرسوم الصادر في ١١ مايو ١٩٤٦ الخاص بمصادرة عدد من دور الطباعة والنشر وإنشاء مؤسسة وطنية للطباعة والنشر. فبعد أن أكد المجلس"أنه وفقا لمبدأ تقليدي في قانوننا العام (Selon un principe traditionnel de notre droit public)"،

(١) Concl. Romieu sur affaire Babin Precitē.

(٢) DE LAUBADERE Andrē, traitē ēlēmentaire de droit administratif, 1953, p. 195.

(٣) C.E., 4 avril 1952, R.D.P., 1952, P. 1029 not Waline.

فإن"الحكومة الفرنسية المؤقتة والمستقيلة برئاسة السيد Felix Gouin لاتستطيع سوى تصريف الأمور الجارية d'expēdition des affaires courantes". وبرر المجلس إلغاء هذا المرسوم بسبب موضوعه ولغياب حالة الاستعجال واعتباره شأنا عاديا(١).

أن اعتبار هذا المبدأ أحد المبادئ العامة للقانون جاء لحماية الأفراد من تعسف الإدارة كهدف غير مباشر(٢). وفي تعليق على هذا القرار يقول الفقيه DELVOLVE، بأن هذا المبدأ يعتبر ضمانة حقيقية لحماية الحريات العامة وحقوق المواطنين"(٣).

المطلب الثالث
مبدأ التظلم الرئاسي

لقد عبر مجلس الدولة الفرنسي عن مبدأ التظلم الرئاسي (principe du recours hiērarchique) بعبارات واضحة منذ سنة ١٩٥٠ في حكمه في قضية السيد (Sieur Queralt)(٤)، الخاص برقابة القضاء على فصل مفوضي العمال. فالمادة ١٦ من قانون ١٦ إبريل ١٩٤٦ المتعلقة بفصل مفوضي العمال بموافقة مسبقة من لجنة المشروع، أو عندما لا توجد مثل هذه اللجنة أو في حالة الاختلاف بين اللجنة والموظف توجب عرض الموضوع على مفتش العمل. وإن قرارات مفتش العمل خاضعة للطعن أمام القضاء.

---

(١) Ibid.

(٢) الهدف المباشر والأساس من ذلك يتمثل في أن البرلمان لا يملك أية سلطات حقيقية يمارسها تجاه الحكومة، فلا يملك استجواب أعضائها، أو سحب الثقة منها، بل وحتى الأسئلة البرلمانية التي يوجهها أعضاء البرلمان لها.

(٣) Concl. M. DELLOLVE sur C.E., 4 avril 1952 precitē, S., 1952, P. 49.

(٤) C.E., 30 juin 1950 precitē, Rec, Leb., P. 413.

في هذه القضية رفع السيد Queralt دعوى قضائية أمام مجلس الدولة الفرنسي ضد قرار مفتش العمل القاضي بفصل ثلاثة من عماله وضد قرار وزير العمل المؤيد لقرار مفتشي العمل.

أن الجديد في هذا الحكم لا يكمن في الحل الذي تبناه مجلس الدولة وإنما في الطريقة التي يبرر فيها المجلس حكمه لأن التظلم الرئاسي يوجد بصفة عامة في جميع الموضوعات. وهذا ما أكده منذ ١٩٠٣ مفوض الحكومة Romieu في مذكرته الخاصة بقضية السيد Picard[١]. وقد طبق مجلس الدولة مبدأ التظلم الرئاسي واعتبر أن له صفة القانون العام (Le caractere de droit commun) في أحكام متعددة أهمها: قضية السيدة (Grafmeyer)[٢]، وقضية (Nēgre)[٣].

وهكذا يعتبر مجلس الدولة الفرنسي إمكانية تقديم تظلمات رئاسية لمخاصمة مشروعية القرار إداريا مبدأ من المبادئ العامة للقانون[٤] الذي لا يحتاج إلى نص قانوني لتقريره، فهو حق ثابت ومقرر لصالح الأفراد[٥].

في الأردن، فإنه يجوز التظلم إلى جهة الإدارة لإعادة النظر في قراراتها المخالفة للقانون، إلا أن قضاء محكمة العدل العليا استقر على جواز الطعن في التظلمات الإجبارية المنصوص عليها في القانون أمام القضاء الإداري[٦].

---

(١) C.E., 31 juillet 1903, S., 1906, 3, P. 14.

(٢) C.E., 22 novembre 1944, Rec., Leb., P. 302.

(٣) C.E., 5 novembre 1947, Rec., Leb., P. 406.

(٤) C.E.,30 juin 1950, Rec., Leb., P. 413.

(٥) C.E., 20 janv 1956, Rec., Leb., P. 413.

(٦) انظر في هذا الخصوص :
عدل عليا، قرار رقم ٦٠/ ٦٣، مجلة نقابة المحامين، عدد ٧، ٨، ٩، ١٠ لسنة ١٩٦٣ ص ٣٩٣، عدل عليا، قرار رقم ١٣/ ٨٧، مجلة النقابة، عدد ٧ لسنة ١٩٧٨ ص ٨٢٤، ١٣٦ / ٧٨، مجلة النقابة، عدد ٨ لسنة ١٩٧٩ ص ١١٥٦، ١٨٥ / ٨٣، مجلة النقابة، عدد ١٠ لسنة ١٩٨٤ ص ١١١٥.

ونحن نرى أن التظلمات الرئاسية بجميع أنواعها الإجبارية والاختيارية يجب أن تكون محلا للطعن أمام القضاء الإداري باعتبار أن مبدأ التظلم الرئاسي يعد من المبادئ العامة للقانون.

المبحث الثاني
المبادئ العامة للقانون المتصلة بوظيفة القضاء الإداري

وجدت المبادئ العامة للقانون أرضا خصبة للتطور في نطاق تنظيم القضاء الإداري واختصاصاته، ويرجع ذلك لسببين:[1]

١- إن الرقابة التي يمارسها القضاء الإداري على أعمال الإدارة تعتبر بالنسبة للمواطنين إحدى الضمانات الهامة ضد التعسف الإداري. ولضمان الحماية الفعالة لحريات وحقوق الأفراد، فإن يتعين على مجلس الدولة الفرنسي باعتباره جهازا قضائيا أن يعمل على تنظيم القضاء الإداري بما يحقق الحماية الفعالة لحريات وحقوق الأفراد.

٢- إن قلة النصوص الخاصة بتنظيم ووظيفة القضاء الإداري، دفعت القاضي الإداري للمبادرة إلى تغطية هذا النقص. فالقانون كما يقول العميد VEDEL"ينظم النطاق العام للقضاء الإداري ويبين المهم العامة للقاضي، وعلى القضاء تكملة هذا النقص"[2].

(١) BENOIT F., Le droit adminitratif francais, Dalloz, Paris 1968, No 1003.

(٢) VEDEL G., La soumission de L'Administration a La Loi, cours professe a L'Universite Fouad 1er. Cité par JEANNEAU B., op. cit. P. 60.

ومن بين القواعد والمبادئ التي أنشأها القضاء الإداري، قواعد خاصة بتنظيم واختصاصات القضاء الإداري، وقواعد ومبادئ خاصة بالإجراءات المتبعة أمام القضاء الإداري.

المطلب الأول
المبادئ الخاصة بتنظيم واختصاصات القضاء الإداري

من أهم المبادئ العامة للقانون الخاصة بتنظيم واختصاصات القضاء الإداري: مبدأ أن دعوى الإلغاء من النظام العام، ومبدأ ازدواجية القضاء.

أولا : مبدأ أن دعوى الإلغاء من النظام العام :

إن دعوى الإلغاء أو كما يسميها البعض دعوى تجاوز حد السلطة دعوى قضائية تهدف إلى إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة عن طريق القاضي الإداري. وقد عرفها الفقيه بنوا BENOIT بأنها"دعوى قضائية يطلب بواسطتها الطاعن من القاضي الإداري مراقبة مشروعية قرار إداري انفرادي والحكم بإلغائه إذا رأى عدم مشروعيته"(١).

أصبحت دعوى الإلغاء من النظام العام (d'ordre public)، أو بمعنى آخر دعوى القانون العام. وهذا يعني أن دعوى الإلغاء هي دعوى مفتوحة للطعن بأية قرار إداري نهائي دون حاجة إلى نص خاص ينص على ذلك. ولا يجوز للأفراد التنازل عنها مسبقا، وإذا حصل مثل هذا التنازل فهو باطل، ولا يجوز استبعادها إلا بنص تشريعي صريح، وتكون مقبولة إذا توافرت الشروط العامة لقبولها.

---

(١) BENOIT F., Le droit administratif francais, Dalloz, paris 1968 No 1003.

١- لا يجوز استبعاد دعوى الإلغاء إلا بنص تشريعي صريح:

يحدث في بعض الأحيان أن يتضمن قانون ما تحصين لبعض القرارات الإدارية ضد رقابة القضاء، وهو ما يعرف بفكرة التحصين.

لقد حسم مجلس الدولة الفرنسي منذ الأربعينات مسألة التحصين. ففي قضية Aillieres حكم المجلس بصفته قاضي نقض بأنه"لا يمكن تفسير النص الذي استعمله المشرع (الوارد في المرسوم٢١/٤/١٩٤٤) بأن قرارات اللجنة غير قابلة للطعن في ظل غياب الإرادة الصريحة لواضعي النص، على أنه استبعاد للطعن بالنقض أمام مجلس الدولة"[١]. وأكد المجلس هذا المبدأ في قضية رفعها وزير الزراعة الفرنسي ضده السيدة Lamotle، حيث قضى المجلس"بأن النص التشريعي الوارد في القانون رقم ٢٣ مايو ١٩٢٣ الخاص بامتياز الأراضي غير المزروعة والمتروكة (منح امتياز الأراضي لا يمكن أن يكون محلا لأي طعن إداري أو قضائي من قبل المالك) يستبعد الطعن بدعوى تجاوز حد السلطة أمام مجلس الدولة ضد قرار منح الامتياز. فهذه الدعوة مقررة —حتى لو لم يكن ينص عليها تشريعيا— ضد أي قرار إداري بهدف ضمان احترام مبدأ المشروعية وفقا للمبادئ العامة للقانون"[٢].

في الأردن، ورد تحصين القرارات الإدارية ضد رقابة القضاء في العديد من القوانين والأنظمة، نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر: المادة (٨) من قانون البلديات رقم (٢٩) لسنة ١٩٥٥، والمادة ١٦ من قانون المطبوعات رقم (٣٣) لسنة ١٩٧٣، والمادة (٥١) من قانون التقاعد المدني رقم (٥٤) لسنة ١٩٥٩، والمادة (٤٦) من قانون استقلال القضاء رقم (١٩) لسنة ١٩٥٥ ... إلخ.

---

(١) C.E., 7 fēv 1947, Rec., Leb., P. 87.

(٢) C.E., 17 fēv 1950, Min., de L'Agriculture C/ Dame Lamotte, Rec Leb., P. 110.

فرقت محكمة العدل العليا الأردنية في هذا الخصوص بين ما إذا كان التحصين قد ورد بقانون أو بنظام :

أ- التحصين بقانون : قضت المحكمة بدستورية القوانين المحصنة للقرارات الإدارية. ومن أحكامها في هذا الخصوص"يتضح من نص المادة (٦٢) من قانون المطبوعات أن قرار مجلس الوزراء بإلغاء رخصة أية مطبوعة يعتبر قراراً نهائيا غير قابل للطعن. ولا يخالف هذا النص أحكام المادة (١٥) من الدستور لأن هذه المادة لم تجعل حرية الصحافة مطلقة من كل قيد بل أوجبت أن تكون هذه الحرية ضمن حدود القانون"(١).

ب- التحصين بنظام : استقر اجتهاد المحكمة على عدم دستورية الأنظمة التي تحصن القرارات الإدارية. ففي قرارها رقم ٧١/١١، قضت"بأن المادة ١٠٠ من الدستور الأردني نصت على أن اختصاصات المحاكم تُعين بقانون خاص. وقد صدر قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٢ الذي عين اختصاصات محكمة العدل العليا فيما يتعلق بنظر الطعون التي يقدمها الموظفون العموميون بإلغاء القرارات الإدارية بفصلهم من وظائفهم، ولهذا فإنه لا يجوز سلب هذا الاختصاص بنظام تطبقه السلطة التنفيذية"(٢).

---

(١) عدل عليا، قرار رقم ١٠١/ ٧١، مجلة نقابة المحامين، عدد ١٠، ١٢ لسنة ١٩٧١ ص ١٢٠١، انظر أيضا قرار رقم ٤١/ ٥٥، مجلة النقابة، عدد ٩ لسنة ١٩٥٥ ص ٤٩٢.

(٢) مجلة نقابة المحامين، عدد ٧ لسنة ١٩٧١ ص ٨٧٩، انظر أيضا عدل عليا، قرار رقم ٨٠/٢٦، مجلة النقابة سنة ١٩٨٣ ص ٦٤١، قرار رقم ١٣/ ٨٢، مجلة النقابة لسنة ١٩٨٣ ص ٦٤١.

وتفسر المحكمة تعبير"القطعية"إذا ورد بنظام"بأن المقصود بالقطعية والنهائية يتعلق بالجهات الإدارية التي صدرت عنها لغايات التظلم الإداري وليس لغايات الطعن بدعوى الإلغاء أمام المحكمة"[1].

غير أن قانون محكمة العدل العليا الحالي رقم (١٢) لسنة ١٩٩٢ ألغى فكرة تحصين القرارات الإدارية، حيث نصت المادة رقم (٩/أ/١٠) منه على أن تختص المحكمة دون غيرها بالنظر في الطعون المقدمة من ذوي المصلحة والمتعلقة بما يلي"الطعن في أي قرار إداري نهائي حتى لو كان محصنا بالقانون الصادر بمقتضاه".

يُستفاد من هذا النص أن قانون محكمة العدل العليا لسنة ١٩٩٢ أكد على إستبعاد تحصين القرارات الإدارية الواردة بقانون أو نظام.

بمعنى آخر أن القرارات الإدارية الصادرة استنادا إلى قانون أو نظام أصبحت تخضع للطعن أمام محكمة العدل العليا.

٢- لا يجوز التنازل عن دعوى الإلغاء :

إن هدف دعوى الإلغاء هو تحقيق مبدأ المشروعية، ونتيجـــة لذلك لا يجوز للأفراد التنازل عنها، وإذا ما حصل هذا التنازل فهو باطل ولا يعتد به ولا يمكن الاحتجاج به.

أكد الفقه الفرنسي الحديث عدم شـــرعية التنازل عن حق تقديم دعوى تجاوز حد السلطة أمام القضاء. فيقول الأستاذ CHAPUS"لا يمكن التنازل عن حق مخاصمة القرار الإداري غير المشروع، بمعنى أنه لا يمكن الاحتجاج بالتنازل بمواجهة

(١) عدل عليا، قرار رقم ١٨/ ٨٦، مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٨٧ ص ٨٦٧.

الشخص الذي صدر عنه، إذ يمكنه دوماً الرجوع عنه"[1]. أما الأستاذان DEBBASCH و RICCI فيرون أنه"من المستحيل التنازل مقدما عن حق تقديم الطعن ضد أي قرار إداري"[2]. وفي هذا المعنى يقول الفقيهان VEDEL وdelvolve"لا يستطيع أي شخص التنازل مقدما عن حقه في رفع دعوى تجاوز حد السلطة، فمثل هذا التنازل يكون عديم الأثر"[3].

تبنى مجلس الدولة الفرنسي هذا الاتجاه. ففي قضية Andreani حكم المجلس"بأن الموافقة المسبقة على مشروع القرار الإداري المعد من طرف الإدارة لا يؤدي إلى حرمان الطاعن من حق مخاصمة مشروعية هذا القرار"[4].

نخلص مما سبق أن الموافقة المسبقة على إصدار القرار من قبل الشخص المخاطب به لا يفقده حقه في الالتجاء إلى القضاء للطعن في القرار الصادر ضده. وأي موافقة تعتبر عديمة الأثر ولا فائدة من الاحتجاج بها.

في الأردن، تبنت محكمة العدل العليا الأردنية الموقف الذي أقره مجلس الدولة الفرنسي، فلقد رفضت المحكمة اعتبار الموافقة المسبقة على إصدار القرار سببا من أسباب رد الدعوى المرفوعة أمامها. ففي قرارها الصادر في ١٩٧٨ قضت المحكمة"... ومعلوم أن الرضوخ يكون لاحقاً لصدور القرار وليس سابقا عليه، وبما أن السبب الذي يستند إليه وكيل المستدعي ضدها الثالثة ناشئٌ قبل صدور القرار المطعون فيه فلا يصلح سبباً لرد الدعوى. هذا فضلاً عن أن سلوك المستدعية

---

(١) CHAPUS Rene, droit du contentieux administratif, Ed., Montchrestien, Paris 1982, No 98.

(٢) DEBBASCH Ch. et RICCI J.CL., contentieux administratif, 4 eme ēdition, Dalloz Paris 1985 p. 555.

(٣) VEDEL G. et DELVO P., droit administratif, P.U.F. Paris 1984, Rec.Leb,p 55.

(٤) C.E., 19 novembre 1955, Rec., Leb., P. 55.

لا يفيد بأنها قد رضيت بالقرار المطعون فيه"[1]. وفي حكم آخر قضت المحكمة"أما المبرز (ن/٢) فهو صادر عن المستدعي بتاريخ ١٩٨٤/٨/٣٠ يطلب فيه من مدير عام المؤسسة فك ارتباطه بها اعتبارا من ١٩٨٤/٩/١ وهو طلب سابق لصدور القرار المشكو منه ولذلك لا يعد إذعانا للقرار المذكور"[2].

غير أن المحكمة استثنت حالة صدور القرار بناء على طلب صاحب الشأن، وحالة الموافقة المسبقة على القرار. فاعتبرت أن هاتين الحالتين تشكلان مانعا من قبول دعوى تجاوز حد السلطة. في هذا الخصوص قضت المحكمة"فيكون هذا التخصيص الذي تم بناء على طلب المستدعين المذكورين بمثابة إذعان للقرار المطعون فيه، وقبول ذي المصلحة بالقرار الإداري يسقط حقه في رفع دعوى الطعن به، ولا يعتد به، ذلك لأنه إذا صدر القرار الإداري بناء على طلب أحد الأفراد أو بموافقته وعلى النحو الذي طلبه أو وافق عليه، فلا يجوز لذلك الفرد أن يطعن فيه"[3].

من الملاحظ أن هذا القضاء يتنكر لهدف وغاية دعوى تجاوز حد السلطة. فمناط النزاع في هذه الدعوى هو مخاصمة مشروعية قرار إداري، كما أن النزاع المثار ليس نزاع بين أطراف متساوية. فالخصومة في هذه الدعوى ليست خصومة بين طرفين بالمفهوم القانوني والفني بقدر ما هو اختصام للقرار نفسه. وعليه فإننا نرى أن الموافقة المسبقة على مشروع القرار أو حتى صدور القرار بناء على طلب صاحب الشأن يجب أن لا يفقد حقه في الطعن في القرار الصادة ضده.

(١) عدل عليا، قرار صدر في ١٩٨٥/١١/١١، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٦ ص ٢٥.

(٢) عدل عليا، قرار صدر في ١٩٨٦/٩/٣، مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٨٧ ص ٨٤٩.

(٣) عدل عليا، قرار صدر في ١٩٨٦/٩/٣م، مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٨٧ ص ٨.

ثانيا : مبدأ ازدواجية درجات القضاء

يُقصد بمبدأ ازدواجية درجة القضاء Le principe de double dēgrē de juridiction في مجال المنازعات الإدارية أن القضاء الإداري يقوم على درجتين. مثلا في فرنسا يوجد على قمة القضاء الإداري مجلس الدولة الفرنسي وبجانبه المحاكم الإدارية الإقليمية. وتعتبر هذه المحاكم القاضي العام في مجال المنازعات الإدارية، ويشكل مجلس الدولة محكمة استئناف ومحكمة نقض.

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ في حكمه Veron[1] حيث قضى بأنه"ليس من اختصاص رئيس الدولة استنادا للسلطات المنوطة به وفقا للمادة رقم (١٨) من المرسوم ٣ مايو ١٨٥٤ انتهاك مبدأ ازدواجية درجة القضاء المطبق على المحاكم الإدارية للمستعمرات، وأن أي انتهاك لهذا المبدأ لا يكون إلا بقانون".

وكان المجلس قد أكد هذا المبدأ في أحكام سابقة وأهمها :

قضية Elections au conseil d'arrondissement Dintot[2]، وقضية Elections à la chambre de commerce de Tananarive[3]، حيث أشار المجلس صراحة إلى وجود مبدأ ازدواجية القضاء في نص المادة رقم (٩) من قانون ٢٤ مايو ١٨٧٢ الذي أنشأ القضاء المفوض (La justcice delegue) بجانب القضاء المحجوز (La justic retenu). وقد انتقد الأستاذ SOTO هذا الحكم بحق بقوله"أنه من المستحيل تأسيس مبدأ ازدواجية درجة القضاء على ما جاءت به المادة رقم (٦) من قانون ٢٤ مايو ١٨٧٢، لأن هذا القانون يعكس حالة تاريخية محددة، وتحويل القضاء المحجوز إلى قضاء مفوض حيث أصبح مجلس الدولة الفرنسي سلطة ألبت في المنازعات الإدارية

---

(١) C.E., 4 fēv. 1944, Rec., Leb, p. 46.

(٢) C.E., 3 juillet. 1914, Rec., Leb, p. 811.

(٣) C.E., 15 juin. 1923, Rec., Leb, p. 487.

التي ترفع إليه دون التعقيب عليها أو حجزها من أحد"[1].

هذه الاعتبارات السابقة دفعت الفقه إلى البحث عن مبدأ ازدواجية درجات القضاء في نطاق القانون العام خارج إطار النصوص القانونية. في هذا الخصوص يرى الفقيه CHENOT أن"وجود مبدأ عام في الإجراءات يشكل ضمانه أساسية للمتخاصمين أمام القضاء ومصلحة عليا للقضاء"[2]. وينتقد الأستاذ JANNEAU هذا الرأي بقوله"أن الأمر لا يتعلق بقواعد إجرائية بالمعنى القانوني ولكن بقاعدة تنظيم القضاء". [3]

في جميع الأحوال"إذا كان مبدأ ازدواجية درجة القضاء لا يجد أساسه في النصوص المكتوبة، فيمتاز على الأقل بالعمومية والديمومة(un carectere de gēnēralitē et de permenence)، الأمر الذي يسمح باعتباره أحد مبادئ القانون العام"[4].

بقي أن نشير إلى أنه ووفقا للمرسوم ١٥٥/ ١٩٨٨ فبراير ١٩٨٨ تشكلت في فرنسا المحاكم الإدارية الاستئنافية، وكان ذلك إستنادا للقانون رقم ٨٧/ ١١٢٧ تاريخ ٣١ يناير ١٩٨٧ (بدأ تطبيقه في ١ يناير ١٩٨٩) الخاص بإصلاح القضاء الإداري. حيث أحدث هذا القانون ولأول مرة في تاريخ فرنسا محاكم إدارية استئنافية بجانب مجلس الدولة والمحاكم الإدارية الإقليمية لتتولى الفصل في طعون الاستئناف المقامة ضد قرارات المحاكم الإدارية الإقليمية باستثناء : طعون فحص وتقدير المشروعية، والمنازعات الخاصة بانتخابات المجالس البلدية والمحلية، وطعون الإلغاء ضد القرارات التنظيمية، حيث بقيت هذه الحالات من اختصاص مجلس الدولة الفرنسي.

---

(١) Note SOTOsur C.E., 15 juin. 1923, precite

(٢) Conclusion CHENOT sur C.E., 15 JUIN 1923, Precite

(٣) JEANNEAU B., op. cit., p. 74.

(٤) Ibid.

في الأردن: نظراً لوجود محكمة إدارية واحدة وهي محكمة العدل العليا في نظام القضاء الإداري، فإن هذا المبدأ لا يثار في هذا النطاق.

المطلب الثاني

المبادئ الخاصة بالإجراءات المتبعة أمام القضاء الإداري

تجد المبادئ العامة للقانون في نطاق الإجراءات أهمية كبيرة، ويعود ذلك لسببين:

- النقص في القواعد المكتوبة الخاصة بالإجراءات.
- المكانة الهامة التي تمثلها الشكلية (Formalisme) في مجال حماية حريات وحقوق الأفراد.

لذلك حاول مجلس الدولة الفرنسي ومع غياب النصوص إيجاد قواعد إجرائية لحماية الأفراد ضد تعسف الإدارة.

أولا : القواعد العامة للإجراءات التي تطبق على جميع أنواع القضاء:

كثيرا ما طبق مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه"القواعد العامة للإجراءات التي تعرض نفسها مع غياب النصوص الصريحة". ومنذ سنة ١٩١٨ وفي حكمه الشهير في قضية Sieur Villes قضى مجلس الدولة"بأن اللجنة العليا للمستفيدين من الحرب تعتبر قضاء بالمعنى القانوني، وعليه فإن حقها أن تطبق جميع القواعد العامة للإجراءات إلا إذا استبعدت بنص صريح، أو كانت غير متفقه مع تنظيم هذا القضاء"(١).

(١) C.E., 10 aout. 1918, Rec., Leb, p. 841.

وقد تواترت أحكام مجلس الدولة الفرنسي في تطبيق القواعد العامة للإجراءات مع غياب النصوص الصريحة، ومن أهم هذه الأحكام: قضية Sieur Leder[١]، وقضية Dame paillard [٢]، وقضية Sieur Brillaud [٣]، وقضية- Chillon de saint Albert.[٤]

وتطبق القواعد العامة للإجراءات أمام القضاء الإداري بالقدر الذي يسمح به تنظيمها باعتبارها أصولا عامة يترتب على مخالفتها البطلان، ويجب أن تطبق هذه القواعد العامة ضمن حدود وضوابط معينة :[٥]

١- أن تكون المحكمة مختصة بنظر النزاع المطروح أمامها وغيرها ممنوعة من نظره بنص القانون.

٢- ألا تتعارض هذه المبادئ مع طبيعة المحكمة التي يطرح عليها النزاع.

٣- ألا تتعارض هذه المبادئ مع طبيعة المنازعة الإدارية المطروحة أمامها.

ومن الإجراءات التي طبقها القضاء :

- مبدأ وجوب تسبيب أحكام القضاء[٦].
- مبدأ وجوب انعقاد المحاكم بنصاب قانوني [٧]

(١) C.E., 4 mars 1925, , Rec., Leb, p. 227.

(٢) C.E., 4 mai 1929, Rec., Leb, p. 468

(٣) C.E., 28 juin 1948, Rec., Leb, p. 293 .

(٤) C.E., 14 mars 1925, , R. D. P., 227.

(٥) AUBY Jean Marie et DRAGO Rolland, Traitē de contentieux administratif, 3 ed. T.I, L.G.D.J., Paris 1984 p. 9 .

(٦) C.E., 13 fév.1948, Massing, Rec., Leb., p. 76.

(٧) C.E., 30 janvier 1953, fév.1953, D., 3., p. 77.

- مبدأ وجوب أن تتضمن الأحكام القضائية أسماء القضاة الذين فصلوا في القضية [1].
- مبدأ مقتضاه أنه لا يجوز لقاضي الاستئناف الفصل في القضية استئنافا إلا بمواجهة أطراف الدعوى أمام قضاء الدرجة الأولى [2].
- مبدأ مقتضاه أن لا يجوز أن يصدر حكم قضائي في مواجهة أي طرف لم يبلغ في الدعوى المقامة ضده [3].
- مبدأ مقتضاه أن أي وثيقة لا يمكن أخذها بعين الاعتبار من قبل القاضي إلا إذا وضعت بين يدي جميع الأطراف [4].
- مبدأ مقتضاه أن أطراف الدعوى لهم الحق بأن يقدموا للقاضي أي تحفظات مفيدة [5].
- مبدأ حق الدفاع [6].
- مبدأ أن الأحكام القضائية التي حازت قوة الشيء المحكوم به تعتبر حجة على الكافة، وعلى الإدارة تنفيذها [7].

(١) C.E., 4 juin 1948, Sieur Boutaire, Rec., Leb., p. 278.

(٢) C.E., 3 mai 1944, Doctors Claude et Michel et Ducoulombier Rec., Leb., p. 74,.

(٣) C.E., fév1931 Syndicat normand de Filature de coton et autres, S., 1931, 3, p. 47
4fev. .6 1947 d'Ailleres precité.

(٤) C.E., 10 aout 1918, Villes precite; 26 juill 1946, Demoiselx…, D., 1947, J p. 31.

(٥) C.E., 20 juin 1913, Tery, Rec., Leb., p. 736 ; 21 mars 1950, Bergery, Rec., Leb., p. 187.

(٦) C.E., 21 mars 1947, Sieur Drouard Rec, Leb., p. 119 ; 6fev 1981, Mme Baude A.J.D.A., 1981 p. 489.

انظر أيضا عدل عليا، قرار رقم ٦٦/٢٣، مجلة نقابة المحامين عدد ٧، ٨ لسنة ١٩٦٦.

(٧) عدل عليا، قرار رقم ٨٦/١٤٢، مجلة نقابة المحامين عدد ٤، ٥، ٦ لسنة ١٩٨٨ ص ٦٤٠

ثانيا : مبدأ حرية الدفاع أمام السلطات الإدارية:

يهدف مبدأ حرية الدفاع أمام السلطات الإدارية Le principe de la liberté de defense devant les autorités administratives إلى تحسين العلاقة بين الأفراد والإدارة مع غياب أي حل قضائي، ويعود اتساع هذا المبدأ إلى ظاهرتين:(١)

١- كثرة الجزاءات المنوطة بالإدارة منذ سنة ١٩٤٠. وكما يقول الفقيه WALINE(٢) أن الاتجاه الحالي هو مضاعفة سلطات الإدارة العقابية، وقد تضاعفت هذه العقوبات فعلا لدرجة تؤثر على حريات المواطنين.

٢- ميل الإدارة الاقتصادي إلى إنشاء لجان مهنية وفنية كما يقول الأستاذ SOTO(٣) أدت إلى إجبار الأجهزة شبة القضائية على احترام مبدأ الدفاع أمام السلطات الإدارية وشبه القضائية.

ويجد هذا المبدأ أساسه وجذوره وتطوره في مبدأ أكثر عمومية وهو مبدأ حرية الدفاع أمام القضاء. كما يجد هذا المبدأ تألقه وانتشاره من خلال نظام التأديب في نطاق الوظيفة العامة.

وأكد مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ في الكثير من أحكامه ومنها حكمة الصادر في ٢٦ أوكتوبر ١٩٤٥. وقبل هذا التاريخ ذكر مجلس الدولة هذا المبدأ في حيثيات حكمه الصادر في قضية Ledochowski (٤)، وفي قضية Le Scornet(٥).

---

(١) JEANNEAU B., op. cit, p. 78.

(٢) WALINE M., traite de droit administratif, 5 eme ed. P. 401 et 402.

(٣) DE SOTO M., Recours pour excés de pouvoir et interventionnisme économique, E.D., 1952, P. 64, P. 72.

(٤) C.E., 19 juin 1903, Rec., Leb., p. 453.

(٥) C.E., 3 juill. 1931, D.P., 1931,.M, P. 3; p. 48.

وقد إتسع نطاق تطبيق مبدا حرية الدفاع أمام السلطات الإدارية مع التطور الذي طرأ على السمة الحضورية للإجراءات (La régle de la procedure Contradictoire) وخاصة في مجال النظام التأديبي للموظف العام. ومنذ سنة ١٩٣٠ اتسع نطاق تطبيق هذه القاعدة حتى بالنسبة لغير الموظفين. في هذا الصدد ألغى مجلس الدولة الفرنسي القرار الصادر من وزير الثقافة القاضي بسحب المنحة الممنوحة لابن السيد Ribeyrolles بسبب أن الوزير لا يستطيع اتخاذ مثل هذا الإجراء دون احترام السمة الحضورية للإجراءات ومن مقتضاها أن السيد المذكور لم يدع لتقديم دفاعه في هذا الخصوص(١). كما ألغى المجلس القرار الصادر من السلطة الإدارية المتضمن استبعاد أحد الطلبة من متابعة دروس إضافية(٢).

وقد طبق المجلس هذا المبدأ خارج نطاق النظام التأديبي. في هذا الخصوص قضى المجلس "بعدم شرعية القرار الصادر من وزير التعليم الوطني المتضمن إلغاء الانتخابات الخاصة بتسمية ممثلين من نقابة المدارس المهنية والفنية في اللجنة الإقليمية للتعليم التقني أو الفني"(٣).

باختصار فإن مضمون هذا المبدأ يشمل(٤):

- حق صاحب العلاقة بمعرفة جوهر الشكاوي المنسوبة إليه لتمكينه من الدفاع عن نفسه بصورة مفيدة.
- تطلب درجة عاليه من النزاهة من قبل السلطة الإدارية المختصة بتوقيع الجزاء الإداري.

---

(١) C.E., 17 janv. 1930, Rec., Leb., p. 76.

(٢) C.E., 8 juill. 1936, Dame Veuve Hocrau, Rec., Leb., p.743.

(٣) C.E., 29 juill. 1943, Dame Solus Rec., Leb., p.211.

(٤) JEANNEAU B;op.cit;p,88.

الخاتمـــة:

لقد بينا في هذا البحث أن المبادئ العـــامة للقـــانون تعد من الموضوعات الأكثر جدلا وفضولا في أحكام القضاء الإداري. فهي نظريات ذات طبيعة فلسفية وسياسية أو اقتصادية والتي تعتبر جزءا أساسيا من الأفكار والمعتقدات، وتمثل أيضا دراسة منهجية للسمات الأساسية للتشريعات الوضعية عبر تطورها. ويستنبطها القاضي الإداري من روح التشريع العام ومن الضمير العام. وإذا كانت هذه المبادئ تمتاز بالعمومية والديمومة فإنها تدور حول محورين أساسيين : النظام والحرية، فهي تعين القاضي على حماية حقوق وحريات الأفراد من التعسف الإداري، وتستجيب لمتطلبات وضرورات الحياة الإدارية.

وقد انصب الفصل الأول على بيان المقصود بالمبادئ العامة للقانون، وتحديد طبيعتها باعتبارها إجراءات مرصودة لإنتاج آثار معينة في النطاق القضائي، وتشكل حلولا للمنازعات المطروحة أمام القضاء رغم عدم استنادها إلى نصوص مكتوبة. وحاولنا في هذا البحث تصنيف المبادئ العامة للقانون من خلال الأحكام القضائية لمجلس الدولة الفرنسي ومحكمة العدل العليا الأردنية، حيث يمكن تصنيفها حول مبادئ أربعة هي: مبدأ المساواة بجميع أشكاله وصورة، والمبادئ اللصيقة بالحرية، والمبادئ التي تتعلق باستقرار المعاملات القانونية، والمبادئ اللازمة لسير الإدارة.

ثم تتبعنا موقف الفقه والقضاء من القيمـــة القانونية للمبادئ العامة للقانون، حيث يرى البعض أنها تتمتع بقيمة التشريعات العادية، بينما يرى البعض الآخر أن لها قيمة النصوص الدستورية، ويرى فريق ثالث أن لها قيمة أدنى من القانون وأعلى من اللائحة. ومن جانبنا نرى أن للمبادئ العامة للقانون قيمة النصوص الدستورية لأنها مبادئ مستقرة في الضمير القانوني للأمة وروح التشريعات العامة وضمير الجماعة والمشرع.

وتناولنا في الفصل الثاني المبادئ العامة للقانون المتصلة مباشرة بفكرة الحرية من حيث الركائز الأساسية للحريات العامة والمتمثلة في مبدأين: مبدأ أن الحرية هي القاعدة وقيود الضبط هي الاستثناء، بمعنى أن السلطات الإدارية لا يحق لها التدخل في الحريات العامة إلا حينما يتهدد النظام العام بأحد عناصره القانونية، ومبدأ أن المساواة هي ركيزة لكل الحريات العامة. ونعني بمبدأ المساواة هنا المساواة بالمفهوم العام، والمساواة أمام القانون واللوائح، وأمام تولي الوظائف العامة، وأمام المرافق العامة، وأمام التكاليف والأعباء العامة، وأمام القضاء، ومن حيث أنواع الحريات المحددة بنصوص قانونية كحرية الاعتقاد والعقيدة وحرية التعليم والحق في الملكية أو التملك وحرية ممارسة التجارة والصناعة.

أما الفصل الثالث فخصصناه للمبادئ العامة للقانون المتصلة بصورة غير مباشرة بفكرة الحرية باعتبارها وسائل موجهة لحماية الحريات العامة والأساسية للأفراد. وقد عالجنا في هذا الفصل المبادئ العامة للقانون المتصلة بتنظيم السلطات العامة من حيث مبدأ المجال المحجوز للقانون، ومبدأ أن سلطات الحكومة المستقيلة محددة بتصريف الشؤون اليومية، ومبدأ التظلم الرئاسي، إضافة إلى المبادئ العامة للقانون المتصلة بوظيفة القضاء الإداري من حيث المبادئ الخاصة بتنظيم واختصاصات القضاء الإداري، وبصفة خاصة مبدأ أن دعوى الإلغاء من النظام العام وبالتالي لا يجوز استبعادها إلا بنص تشريعي صريح وعدم جواز التنازل عنها، ومبدأ ازدواجية درجة القضاء، ومن حيث المبادئ الخاصة بالإجراءات المتبعة أمام القضاء وخاصة القواعد العامة للإجراءات التي تطبق على جميع أنواع القضاء بما في ذلك القضاء الإداري، ومبدأ حرية الدفاع أمام السلطات الإدارية.

وخلص هذا البحث إلى تسجيل الملاحظات التالية :

١. يعود الفضل الأكبر في ظهور ونشأة وتقرير المبادئ العامة للقانون باعتبارها مصدراً من مصادر الشرعية لمجلس الدولة الفرنسي، حيث أنشأ من هذه المبادئ نظرية حقيقية للدفاع عن الحقوق والحريات العامة للأفراد.

٢. تتمحور المبادئ العامة للقانون حول محورين أساسيين: النظام والحرية، فهي تساعد القاضي الإداري على حماية حقوق الإنسان وحرياته العامة من التعسف الإداري، وتستجيب من جهة أخرى لمتطلبات وضرورات الحياة الإدارية ولمبدأ المساواة بجميع أشكاله وصورهة ومفاهيمه.

٣. رغم الجدل الفقهي والقضائي حول القيمة القانونية للمبادئ العامة للقانون إلا أننا نتفق مع الذين يرون أن للمبادئ العامة للقانون قيمة النصوص الدستورية، لأنها مبادئ مستقرة في الضمير القانوني للأمة وروح التشريع العامة وضمير الجماعة والمشرع.

٤. يجب الموازنة بين متطلبات الضبط الإداري وصيانة الحريات العامة استنادا لمبدأ:"أن الحرية هي القاعدة وقيود الضبط هي الاستثناء"، بمعنى أنه لا يجوز للسلطات الإدارية التدخل في الحريات العامة إلا حينما يتهدد النظام العام بأحد عناصره أو مدلولاته القانونية.

٥. جميع الحريات العامة تستند إلى مبدأ المساواة باعتباره أحد المبادئ العامة للقانون، وهذا ما دفع البعض للقول أن"مبدأ المساواة ركيزة لكل الحريات العامة".

اعتنى القضاء الإداري ببعض الحريات العامة المنصوص عليها كحرية الاعتقاد والعقيدة، وحرية التملك وحرية ممارسة الصناعة والتجارة، لأن النصوص الخاصة بهذه الحريات جاءت غير كافية، وأصبحت المبادئ العامة للقانون الخاصة بهذه الحريات تشكل جزءاً من القواعد العامة التي تهيمن على القانون العام والناتجة عن مجموعة من التشريعات المتلاحقة.

٦. إن المبادئ العامة للقانون التي لا ترتبط ارتباطا وثيقا ومباشراً بفكرة الحرية تعتبر وسائل موجهة لحماية الحريات الأساسية للأفراد. وتختلف هذه المبادئ عن المبادئ التي ترتبط ارتباطا مباشرا بفكرة الحرية بأنها تظهر بشكل واضح على الصعيد القضائي.

٧. إن مبدأ المجال المحجوز للقانون باعتباره أحد المبادئ العامة للقانون التي لا ترتبط ارتباطا مباشرا بفكرة الحرية والذي اعتبر"كمبدأ عرفي"حتى وقت ليس ببعيد أصبح اليوم من المبادئ الواضحة.

٨. جاء مبدأ أن سلطات الحكومة المستقيلة محددة بتصريف الشؤون اليومية لحماية الأفراد من تعسف الإدارة، أي ضمانة حقيقية لحماية الحريات العامة وحقوق المواطنين.

٩. اعتبر القضاء بحق أن مبدأ التظلم الرئاسي أحد المبادئ العامة للقانون الذي لا يحتاج إلى نص قانوني لتقريره فهو حق ثابت ومقرر لصالح الأفراد. لذا رأينا أن جميع التظلمات الرئاسية بجميع أنواعها الإجبارية والاختيارية يجب أن تكون محلا للطعن أمام القضاء الإداري.

١٠. المبادئ العامة للقانون المتصلة بوظيفة القضاء الإداري وجدت تطورا ملحوظا في نطاق تنظيم القضاء الإداري واختصاصاته ويرجع ذلك: لقلة النصوص الخاصة بتنظيم وظيفة القضاء الإداري، ولأن الرقابة التي يمارسها القضاء الإداري على أعمال الإدارة تعتبر بالنسبة للمواطنين إحدى الضمانات الهامة ضد التعسف الإداري.

١١. إن من أهم المبادئ العامة للقانون الخاصة بتنظيم واختصاصات القضاء الإداري نجد: مبدأ أن دعـــوى الإلغاء من النظام العام وبالتالي لا يجوز استبعادها إلا بنص تشريعي صريح، ومع ذلك حسم القضاء في فرنسا والأردن مسألة التحصين، بمعنى أنه يجوز الطعن بأي قرار إداري نهائي أمام القضاء الإداري حتى لو ورد نص يحصنه من الطعن، وكذلك مبدأ عدم جواز التنازل عن دعوى الإلغاء، وأن أي تنازل يُعد باطلا ولا يُعتد به ولا يمكن الاحتجاج به لأن ذلك يتعارض مع الهدف من دعوى الإلغاء.

١٢. تجد المبادئ العامة للقانون في نطاق الإجراءات المتبعة أمام القضاء الإداري أهميتها: في النقص في القواعد المكتوبة الخاصة بالإجراءات، وفي المكانة الهامة التي تمثلها الشكلية في مجال حماية الحريات وحقوق الأفراد.

١٣. وجوب تطبيق المبادئ العامة للإجراءات أمام القضاء الإداري ضمن حدود وضوابط أهمها: أن تكون المحكمة مختصة بنظر النزاع المطـــروح

أمامها وغير ممنوعة من نظره بنص القانون، وألا تتعارض هذه المبادئ مع طبيعة المحكمة التي يطرح النزاع أمامها، وألا تتعارض هذه المبادئ مع طبيعة المنازعة الإدارية المطروحة أمامها.

١٤. يجد مبدأ حرية الدفاع أمام السلطات الإدارية أهميته في كثرة الجزاءات المنوطة بالإدارة، وميل الإدارة الاقتصادي إلى إنشاء لجان مهنية وفنية. كما يجد هذا المبدأ أساسه وجذوره في مبدأ أكثر عمومية وهو مبدأ حرية الدفاع أما القضاء. وقد تطور هذا المبدأ مع التطور الذي طرأ على السمة الحضورية للإجراءات وخاصة في مجال النظام التأديبي للموظف العام.

القرائن القضائية لإثبات عدم مشروعية القرار المطعون به

أ.د. علي خطار شطناوي

أستاذ القانون العام -الجامعة الأردنية -كلية الحقوق

ملخص البحث:

يتميز الإثبات الإداري بالصعوبة، إلا أنه ليس بالمستحيل، فقد بذل القضاء الإداري جُهداً جباراً لمساعدة المستدعي في إثبات صحة ادعاءاته.

وتُعد وسيلة القرائن من وسائل الإثبات الإداري، فقد أقر القضاء الإداري بإمكانية اللجوء إليها لإثبات عدم مشروعية القرار الطعين، كون هذه القرائن لم ينص عليها القانون ويستخلصها القاضي من ظروف وملابسات الدعوى عندما يقتنع بأن لها دلالة معينة، ويكون للقاضي دورٌ في استخلاصها.

وهذه القرائن تظهر من خلال أدلة الإثبات غير المباشرة، إذ تنقل عبء الإثبات من الواقعة المتنازع عليها والتي يتعذر إثباتها أو يكون إثباتها صعباً، إلى واقعة أخرى تكون فيها القرينة أيسر في الإثبات.

ويتضح من وفيق الاجتهاد القضائي أن القاضي الإداري اعتمد العديد من القرائن التي اعتمد عليها لتقرير عدم مشروعية القرارات المطعون بها والحكم بإلغائها ومن أمثلة ذلك، قرينة اعتبار ملف الموظف العام الوعاء الطبيعي والصادق لتصوير حالته الوظيفية.

مقدمة:

يعــد الحــق اســتثناء يقرره القانون لصالح شخص معين، وبذا ترتبط الحقوق بالحماية القانونية المقررة لها، فالتلازم بينهما تلازم حتمي، فلا تفيد الحقوق أصحابها إلا إذا اقترنت بحماية قانونية تخولهم الدفاع عنها والاستئثار بها عند الاعتداء عليها. وعلــيه لا تعــد الحمايــة القانونــية ركناً من أركان الحق، لكنها مستلزم أساسي وضروري من مستلزماته، فهي الرفيق الطبيعي له. لهذا قيل وبحق أن الحق يتجرد من قيمــته إذا لم يقرر المشرع له حماية قانونية توضع تحت تصرف صاحبه لمنع الغير من الاعــتداء عليه. كما يتجرد الحق من قيمته أيضاً إذا عجز صاحبه عن إثباته، فالحق الذي لم يقم الدليل عليه ليس له أي قيمة. فالدليل وحده هو الذي يجعل للحق كياناً في نظر القانون يغدو معه واجب الاحترام.

وبناءً عليه يحظى موضوع إثبات عدم مشروعية القرارات الإدارية بأهمية كبيرة؛ إذ يتحمل المستدعي في دعوى الإلغاء إثبات صحة ادعاءاته، فهو الذي يطعن بالقرار الإداري، وهــو الذي يدعي بعدم مشروعيته، وبذا يتوجب عليه إثبات صحة تلك الادعــاءات. ولا شك أن نجاح أو فشل المُدعي في إثبات صحة ادعاءاته هو الذي يحدد مصير دعواه. كما تتجلى أهمية هذا الموضوع بسبب خلو قوانين محكمة العدل العلــيا المتعاقــبة مــن أحكام تشريعية تنظم عملية الإثبات، وبذا اعتمدت المحكمة الإداريــة الأردنــية النظام الحر أو المطلق في الإثبات باعتباره النظام المعمول به في الــدول الــتي تتبنى نظام القضاء المزدوج. وعلة ذلك أن القضاء الإداري غير ملزم بتطبــيق قواعد الإثبات المدني حرفياً، فيطبق منها ما يتناسب ويتلاءم مع خصوصية القانون الإداري، فلهذا الفرع من فروع القانون ذاتية خاصة، فقواعد الإثبات المدني لا تطبق فيه إلا إذا لم تتعارض مع طبيعته الخاصة والضرورات التي دعت إلى قيامه.

كما أن عدم تنظيم الإثبات الإداري تشريعياً ترك آثاره الواضحة على حرية القاضي الإداري في تكوين عقيدته واقتناعه واعتقاده من أي دليل يشاء. كما أن المشرع لم يضع أدلة الإثبات التي يحددها في موضوع معين في ترتيب تصاعدي من حيث القوة المعطاة لكل منها، وبذا تتساوى أدلة الإثبات من حيث قوتها في تكوين عقيدة القاضي واقتناعه، فهي على قدم المساواة، فليس لأي منها قوة تفوق الأخرى.

ويتميز النظام المطلق أو الحر في الإثبات بان الشارع لا يرسم طرقاً محددة للإثبات، فلا يقيد القاضي والخصوم بطرق محددة، بل يتركهم أحراراً، فالخصوم يقدمون من الأدلة ما يستطيعون إقناع القاضي به، والقاضي حر في تكوين عقيدته واقتناعه من أي دليل يقدم إليه. لهذا استقر قضاء محكمة العدل العليا على أن بإمكان المستدعي إثبات عدم مشروعية القرار المطعون فيه بجميع طرق الإثبات بما فيها القرائن. لهذا نقترح بحث هذا الموضوع وفق أحكام الخطة الآتية:

المبحث الأول: صعوبة الإثبات الإداري

المبحث الثاني: التعريف بالقرينة القضائية

المبحث الثالث: تطبيقات القرائن القضائية

المبحث الأول
صعوبة الإثبات الإداري

يملك المستدعي(1) في منازعات الإلغاء حسبما استقر عليه الفقه والقضاء الإداريان إثبات عدم مشروعية القرار المطعون بجميع طرق الإثبات. فتقول محكمة العدل العليا في أحكامها "ولصاحب الشأن أن يثبت العكس بكافة طرق الإثبات بما فيها القرائن"(2). ولكن إمكانية إثبات عدم مشروعية القرار الإداري بمختلف طرق الإثبات لا تنفي صعوبة الإثبات الإداري، فليس من السهل على المستدعي وهو فرد عادي في الغالب الأعم أن يثبت عدم مشروعية القرار محل الطعن. وترجع هذه الصعوبة للعديد من الأسباب نحاول إجمالها في الأسباب الآتية:

السبب الأول: حيازة الإدارة للأدلة الخطية:

تبنى عملية إصدار القرارات على أوراق ووثائق ومستندات مكتوبة تحتفظ بها الإدارة. فالإدارة هي التي تحوز تلك الوثائق التي يمكن للمستدعي الاعتماد عليها في إثبات عدم مشروعية القرار محل الطعن(3). فلا شك أن حيازة الإدارة لتلك الوثائق المكتوبة، وعدم إمكانية اطلاع المستدعي عليها تجعل مهمة الإثبات عسيرة وشاقة،

---

(1) يستعمل المشرع الأردني اصطلاح المستدعي بدلاً من اصطلاح المدعي المتعارف عليه في اللغة القانونية العربية. فتنص المادة (14/أ) من قانون محكمة العدل العليا رقم (12) لسنة 1992 على ما يلي (يرفق استدعاء الدعوى بالبينات الخطية التي يستند إليها المستدعي في إثبات دعواه ... الخ). وبناء عليه سوف نعتمد الاصطلاح الذي يستعمله المشرع الأردني بدلاً من اصطلاح المدعي.

(2) عدل عليا: 24/10/1999، قرار رقم (44) صادر في القضية رقم 315/99.
وعدل عليا 14/7/1993، مجلة نقابة المحامين 1993، ص1866.

(3) Ch. Debbasch et Recci: contentieux administratif, D, 1985, No 502.

بــل مســتحيلة أحياناً، إذ يجهل المستدعي ما تتضمنه تلك الوثائق من معلومات أو يصعب عليه تحديد ما تتضمنه بدقة من معلومات[1].

السبب الثاني: السرية التي تحيط إصدار القرار الإداري

تنفرد الإدارة بإصدار القرارات الإدارية، فلا يرتبط الفرد معها بعلاقات سابقة، ويجهل إجراءات إصدار القرار والمراحل التي تمر بها. فالفرد طرف أجنبي وغريب عن تلــك الإجراءات الإعدادية، فلا يسهم فيها حتى لو جاء القرار بناءً على طلبه. ولا شك أن جو الكتمان والسرية التي تحيط بعملية إصدار القرار تجعل مهمة إثبات عدم مشروعية القرار محل الطعن صعبة وشاقة. فالعناصر الوحيدة التي يستطيع المستدعي جمعهــا وتقديمها للقضاء مستمدة ومستخلصة من نشاط الإدارة الخارجي، أي أنها مستمدة من مظاهر خارجية.

السبب الثالث: قرينة المشروعية:

تتمــتع القــرارات الإداريــة بقريــنة السلامة والمشروعية، فيفترض في القرار الإداري- كقــاعدة عامــة- أنه قرار مشروع، وعلى من يدعي العكس أن يثبت ذلــك. هكــذا استقر الفقه[2] والقضاء[3] الإداريان على تلك القرينة التي تجعل من مهمــة الإثبات الإداري عملية صعبة، إذ يحاول المستدعي إثبات عكس ما يتمتع به

---

(١) الدكــتور طعيمة الجرف، رقابة القضاء لأعمال الإدارة العامة، قضاء الإلغاء، القاهرة، دار النهضة العربية ١٩٧٧، ص٣١٨.

(٢) c.h. Debbasch: La charge de la preuve devant le juge administratf, D, 1983. P43.

(٣) محكمــة العدل العليا: ٨/١٠/٢٠٠٠، مجلة نقابة المحامين ٢٠٠١، ص١٠٠ وعدل عليا: ١٦/٦/١٩٩٩، مجلــة نقابــة المحامين ٢٠٠٠، ص٨٤، وعدل عليا ٢٠/٦/١٩٩٩، مجلة نقابة المحامين ٢٠٠٠، ص١٠٢ وعــدل عليا: ٢٩/٣/١٩٩٨، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٩، ص٤٠، وعدل عليا: ٢٣/١١/١٩٩٣، مجلة المحامين ١٩٩٤، ص١٠١، وعدل عليا: ٢٩/١/١٩٩٤، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٤، ص٦٩٦.

القـــرار محـــل الطعـــن من قرينة السلامة(١). هكذا تعد عملية هدم تلك القرينة من المستدعي بإمكاناته المحدودة في الإثبات عملية صعبة، لكنها ليست مستحيلة، وهي صـــعوبة تتجـــلى في صـــياغة العديد من الأحكام القضائية الصادرة برد الدعوى موضـــوعاً "وبما أن الأصل في القرار الإداري أن يصدر صحيحاً ما لم ترد بينة تثبت عكـــس ذلـــك وحيث لم تقدم في الدعوى أية بينة تثبت أن القرار المطعون فيه قد صدر مشوباً بأي عيب من عيوب القرارات الإدارية فان أسباب الطعن لا ترد عليه وتكـــون الدعـــوى حقـــيقة بالرد"(٢) "وبما أن الأصل في القرار الإداري أن يصدر صـــحيحاً مـــا لم يرد دليل قاطع عكس ذلك، وحيث لم يرد أي دليل يشير إلى أن القـــرار المطعون فيه الصادر عن مجلس الوزراء بحدود سلطته التقديرية مشوب بعيب إساءة استعمال السلطة أو مخالفة القانون(٣)"، "حول إساءة استعمال السلطة وحيث إن كل قرار إداري يصدر متمتعاً بقرينة الصحة والسلامة وعلى مدعي العكس إقامة البينة على ما يدعيه وبما أن المستدعي قد اخفق في إثبات أن القرار الطعين قد شابه عيب إساءة استعمال السلطة فان هذا السبب يكون حقيقياً بالرد"(٤).

السبب الرابع: عدم تعاون الإدارة مع القاضي الإداري:

لم تعْـــتَد الإدارة العامـــة في دول العـــالم الثالث بعد على وجود قضاء إداري متخصـــص يراقـــب صـــحة قراراتها ومشروعيتها، فأمر الرقابة القضائية ثقيل على نفســـها، إذ تـــريد ممارسة صلاحياتها واختصاصاتها القانونية بلا معقب عليها من

---

(١) الدكتور طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص٣١٨.

(٢) محكمة العدل العليا: ١٩٩٨/٣/٢٩، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٩، ص٤٠.

(٣) محكمة العدل العليا: ١٩٩٨/٢٠/٢٠، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٩، ص٧٠.

(٤) محكمـــة العدل العليا: ١٩٩٤/٩/٢٨، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٥، ص٤٤ وعدل عليا: ١٩٩٩/٦/١٦، مجلة نقابة المحامين ٢٠٠٠، ص٨٤.

القضاء، اعتقاداً منها أن لها القوامة على سير المرافق العامة، وأنها الجهة المسؤولة عن فعالية الجهاز الإداري لتحقيق ما أنيط بها من مهمات ومسؤوليات جسام، وأنها الجهة الوحيدة الحريصة على تحقيق الصالح العام. فلقد تجلى هذا الاعتقاد الخاطئ في تضمين التشريعات التي تصدرها الحكومة أحكاما تحصن قرارات إدارية من رقابة القضاء(1). كما كشف التطبيق العملي عن مراوغة الإدارة وإبداء شتى مظاهر عدم التعاون مع القضاء حتى لا يتمكن هذا الأخير من ممارسة وظيفته الأساسية واداء رسالته النبيلة في تقدير مشروعية قراراتها وتقويم اعوجاجها وردها إلى جادة الصواب حماية لحقوق الأفراد وحرياتهم.

فإذا كانت عملية إثبات عدم مشروعية القرار المطعون فيه صعبة، فقد لعب القضاء الإداري دوراً كبيراً في جعلها ممكنة غير مستحيلة، فقد بذل جهدا جبارا لمساعدة المستدعي في إثبات صحة ادعاءاته. فقد أجاز للمستدعي إثبات عيب الانحراف في استخدام السلطة(2) من الظروف الخارجية التي صاحبت أو أعقبت إصدار القرار المطعون فيه، إذ يصعب إثبات هذا العيب إلا من خلال بحث داخلي يجريه القاضي لنفسية مصدر القرار وبواعثه.

ومن المنطلق نفسه انتهج القضاء الإداري سياسة قضائية تستهدف تخفيف عبء الإثبات على المستدعي خصوصا في حالة عدم مشروعية أسباب القرار المطعون فيه، فقد اكتفى بان يقدم المستدعي قرائن جدية على صحة ادعاءاته، أو الاكتفاء بتقديم

(1) لمزيد من التفاصيل في موضوع تحصين القرارات الإدارية، انظر الدكتور علي خطار شطناوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول (قضاء الإلغاء) مطبعة كنعان، اربد، ١٩٩٥، ص١٢٦ وما بعدها.

(2) J. Lemasurier: La preuve dans le detournement de pouvoir, R.D.P. 1959. P36.

ادعاءات لم تنفها الإدارة لاعتبارها صحيحة والحكم بإلغاء القرار الطعين[1]. كما لا يشترط القضاء الإداري لاثبات عدم مشروعية القرار الطعين أن يثبت المستدعي عدم مشروعية بالدليل اليقيني القاطع، بل يكفي أن يقدم ما يزعزع قرينة السلامة التي يتمتع بها القرار. فقد قضت محكمة العدل العليا "وللمستدعي إثبات العكس و لم يقدم المستدعي أية بينة تنقض هذه القرينة أو تؤدي على الأقل إلى زعزعتها"[2]. وقضت في حكم آخر "وقد استقر اجتهاد هذه المحكمة على أن القرار الإداري يصدر متمتعاً بقرينة الصحة وعلى من يدعي بأنه معيب بعيب إساءة استعمال السلطة إثبات ما يدعيه أو تقديم ما يزعزع هذه القرينة".[3] كما قضت في حكم آخر: "ولصاحب الشأن وفقاً لما استقر عليه اجتهاد محكمتنا إثبات العكس بمختلف طرق الإثبات بما فيها القرائن باعتبار سلطة مجلس الوزراء وان تكن تقديرية إلا أنها ليست مطلقة بل تحدها حدود المشروعية ولمحكمة العدل العليا تقدير ووزن ما يقدم إليها من الأدلة والشواهد فقد تجدها كافية لتكوين القناعة لديها بعدم وجود سبب حقيقي للقرار مشوب بعيب مخالفة القانون أو مخالف لقاعدة تخصيص الأهداف أو قد تجد فيها قرائن تؤدي بها إلى القناعة بان القرار مشوب بعيب إساءة استعمال السلطة أو قد تجد بهذه القرائن ما يكفي لزعزعة الثقة بقرينة سلامة القرار المفترضة"[4].

(١) لمزيد من التفاصيل انظر الدكتور علي خطار شطناوي، دور القضاء الإداري في تحديد أسباب القرار المطعون فيه، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثالث عشر، فبراير، ٢٠٠٠، ص١٣٥ وما بعدها.

(٢) عدل عليا: ٦/٤/١٩٩٤، هيئة عامة، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٤، ص١٤٩٤.

(٣) عدل عليا: ١٥/١٠/١٩٩٤، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٥، ص٥١ وعدل عليا: ٢/٢/١٩٩٥، مجلة نقابة المحامين١٩٩٧، ص٩٨٣.

(٤) عدل عليا: ١٥/١٠/١٩٩٤، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٥، ص٥١ وعدل عليا: ٢/٢/١٩٩٥، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٧، ص٩٨٣.

المبحث الثاني
التعريف بالقرينة القضائية

يُقصـــد بالقريـــنة في اللغة ما يدل على الشيء من غير استعمال فيه، يقال قرن الشيء بالشيء وصله به، واقترن الشيء بغيره، اتصل به وصاحبه، وتقارن الشيئان: تلازما، ويقال اقترنا: تلازما، وقارنته قراناً: صاحبته وهي مأخوذة من المقارنة، فعليه بمعـــنى المفاعلة، وهي مؤنث القرين، وهي من باب ضرب ونصر: والقرين: المقارن والمصاحب والزوج، والقرينة: النفس والزوجة لأنها تقارن زوجها[1].

فإذا كانت القرائن وسيلة من وسائل الإثبات المدني والجنائي، فقد اغفل المشرع الأردني تعريفها، فلم يضع المشرع تعريفاً للقرينة رغم النص عليها في القانون المدني وقـــانون البينات. فتنص المادة (٧٢) من القانون المدني على أن أدلة إثبات الحق هي البيـــنات التالـــية: ١) الكتابة ٢) الشهادة ٣) القرائن ٤) المعاينة والخبرة ٥) الإقرار ٦) الـــيمين. وتنص المادة الثانية من قانون البينات الأردني رقم (٣٠) لسنة ١٩٥٢ على أن البينات تقسم إلى: ١) الأدلة الكتابية ٢) الشهادة ٣) القرائن ٤) الإقرار ٥) اليمين ٦) المعاينة والخبرة. وتولت المواد (٤٣،٤٢،٤١،٤٠) من قانون البينات بيان الأحكام الخاصة بالقرائن. فالقرينة التي ينص عليها القانون تغني من تقررت لمصلحته عـــن أيـــة طريقة أخرى من طرق الإثبات على انه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك[2]. والقرائن القضائية هي القرائن التي لم

(١) لسان العرب لابن منظور، المجلد الثالث عشر، الطبعة الأولى، ١٩٩٠، ص٣٦٦.

(٢) المادة (٤٠) من قانون البينات الأردني رقم (٣٠) لسنة ١٩٥٢.

يـــنص عليها القانون ويستخلصها القاضي من ظروف الدعوى ويقتنع بان لها دلالة معينة ويترك لتقدير القاضي استنباط هذه القرائن(١).

وعلى النقيض من ذلك عرف المشرع الفرنسي في المادة (١٣٤٩) من القانون المدني القرائن بأنها النتائج التي يستخلصها القانون أو القضاء من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة(٢).

فـــإذا كـــان اجتهاد محكمة العدل العليا قد استقر على أن القرائن وسيلة من وســـائل إثـــبات عدم مشروعية القرار محل الطعن، فقد خلت أحكامها من تعريف محـــدد للقريـــنة، واكتفت بتعريفات الفقه باعتبارها أحكاماً عامة تصلح للتطبيق في المنازعات الإدارية.

وفي المقـــابل تصدى فقه المرافقات المدنية والجزائية لتعريف القرينة. فقد عرفت بأنهـــا النـــتائج الـــتي ستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة(٣). وعرفت أيضاً بأنها ما يستخلصه القانون أو المشرع من أمر معلوم للدلالة عـــلى أمر مجهول(٤). وعرفت بأنها استنباط أمر مجهول من أمر معلوم(٥). وقيل عنها أيضـــاً "استنباط الشارع أو القاضي لأمر مجهول من أمر معلوم(٦) . وقيل عنها أيضاً

---

(١) المادة (٤٣) من قانون البينات الأردني رقم (٣٠) لسنة ١٩٥٢.

(٢) L'art (1349) du code civil francais dipose que "les presomptions sont des consequences que la loi ou Le magistrature d'un fait connu a un fait inconnu".

(٣) الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٨٢، الجزء الثاني، ص٤٣٥.

(٤) الدكـــتور توفـــيق حسن الفرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الإسكندرية، مؤسسة الثقافة الجامعية، ١٩٨٢، ص١٢٠.

(٥) الدكتور سليمان مرقص: الوافي في شرح القانون المدني، القاهرة، ١٩٨٧، الجزء الأول، ص٩٠٧.

(٦) الدكتور أحمد نشأت، رسالة الإثبات، القاهرة، دار الفكر العربي، الجزء الثاني.

بأنهـا مـا "يستنبطه المشرع أو القاضي من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول[١]. وعرفت كذلك بأنها "استنباط أمر مجهول من أمر معلوم على أساس أن المألوف هو ارتباط الأمرين وجوداً وعدماً. [٢]

ويُعـرف فقـه المرافعات الجزائية القرينة بأنها الصلة الضرورية التي قد ينشئها القـانون بين وقائع معينة، أو هي نتيجة يتحتم على القاضي أن يستنتجها من واقعة معيـنة[٣]. فالإثبات بالقرينة هو استنتاج الواقعة المطلوب إثباتها من واقعة أخرى قام علـيها دليل إثبات، في هذه الحالة يقال أن إثبات الواقعة التي قام عليها الدليل قرينة على ثبوت الواقعة التي لم يرد عليها دليل[٤].

ويتضـح مـن التعريفات السابقة أن القرائن هي عبارة عن خلاصة أو نتيجة لعملـية ذهنية يقوم بها المشرع أو القاضي لاستنباط واقعة مجهولة من واقعة معلومة. هكـذا تستلزم تلك العملية وجود واقعتين إحداهما معلومة والأخرى مجهولة، وان يكـون بـين الواقعتين السابقتين صلة وثيقة وضرورية. فالإثبات عن طريق القرائن يفترض تغييراً في محل الإثبات: فبدلاً من أن يرد الإثبات على الواقعة ذات الأهمية في الدعـوى الإداريـة، يرد على واقعة أخرى مختلفة؛ ولكن بين الواقعتين صلة سببية منطقية بحيث يمكن- وفقاً لقواعد الاستنباط المنطقي- أن يستخلص من إثبات هذه

---

(١) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة: الإثبات في المواد المدنية، القاهرة، ١٩٥٤، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ص٢٨٣.

(٢) الدكتور محمد يحيى مطر، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية، ١٩٨٧، ص١٦٧.

(٣) الدكـتور رؤوف عبـيد، مبـادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، القاهرة، دار الجيل للطباعة، ١٩٨٢، ص٦١٣.

(٤) الدكـتور محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، القاهرة، دار النهضة العربية ١٩٨٨، ص ٤٨٧.

الواقعــة ثــبوت عدم مشروعية القرار الطعين[1]. كما يتعين احترام قواعد المنطق والخبرة والتقيد بهما.

وغــنيٌ عن البيان أن عملية الاستنباط تقتضي وجود واقعة أو وقائع ثابتة ثبوتاً يقينــياً على سبيل الجزم والتأكيد بحيث لا تحتمل الجدل أو النقاش، إذ أنها الأساس الــذي ســيقام عليه الدليل أو المنطلق الذي ستنطلق منه عملية الاستنباط من واقعة مشــكوك فيها؛ إذ ستؤدي قطعاً إلى نتيجة غير صحيحة وغير سليمة[2]. لهذا يختار المشــرع أو القاضــي الواقعــة المعلومة والثابتة ليستدل بها على الواقعة أو الوقائع المجهولــة[3]. فلا يهم الطريق الذي ثبتت بها هذه الواقعة، فيمكن إثباتها بجميع طرق الإثــبات [4] شريطة أن يكون ثبوتها ثبوتاً يقينياً على سبيل الجزم والتأكيد بحيث لا يحتمل الجدل والنقاش أو الشك. كما تستلزم عملية الاستنباط أيضاً وجود واقعة أو وقــائع مجهولة يراد إثباتها. فالواقعة المجهولة هي الأمر المراد إثباته، فهي الأمر المراد الكشف عنه و إثباته، فيتم الكشف عنها و إثباتها من الواقعة أو الوقائع الثابتة ثبوتاً يقينــياً. كمــا تستلزم عملية الاستنباط أيضاً احترام قواعد المنطق والخبرة والعقل والتقــيد بهما. فلا شك أن استخلاص النتيجة (الواقعة المجهولة) واستنباطها يجب أن يكــون استخلاصاً سائغاً ومقبولاً، أي أن تؤدي المقدمات اليقينية (الوقائع المعلومة) وبالضرورة وبحكم اللزوم العقلي الى الواقعة المراد الكشف عنها و إثباتها، فاستخدام قواعــد المنطق والعقل والتقيد بهما واحترامهما في عملية الاستنباط هو الذي ينقلنا

---

(١) الدكتور محمد نجيب حسني، المرجع السابق، ص٤٨٧.

(٢) يقــول الدكــتور توفيق حسن فرج (وعلى هذا إذا كانت الواقعة التي يستنبط منها القاضي واقعة محتملة وغير ثابتة بيقين فإنها لا تصلح مصدراً للاستنباط)، المرجع السابق، ص١٢١.

(٣) الدكتور توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص١٢٠.

(٤) الدكتور توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص١٢١.

من المعلوم إلى المجهول انتقالاً سليماً لا شبهة فيه(١). هكذا ترتبط قوة الاستنباط مع قوة المنطق والخبرة التي تفرض نفسها على كل تفكير علمي منظم، فالمنطق هو الذي يكشف لنا السياق العقلي، ونتيجة ذلك يستخدم في تحديد قيمة الاستنباط(٢).

وتصـــنف القرائن حسب الجهة التي تتولى استخلاصها إلى قرائن قانونية وقرائن قضـــائية. فيقصد بالقرائن القضائية القرائن التي لم ينص عليها القانون ويستخلصها القاضـــي مـــن ظـــروف الدعوى ويقتنع بان لها دلالة معينة ويترك لتقدير القاضي اســـتنباطها(٣). فالقاضـــي هو الذي يقوم بعملية الاستنباط، وبذا سُميت بالقرائن القضـــائية بغـــية الدلالـــة عـــلى الجهة التي تقوم باستنباطها. كما تسمى بالقرائن الموضـــوعية للدلالـــة على أنها تستنبط من موضوع الدعوى وظروفها. كما تسمى أحـــياناً أخـــرى بالقـــرائن البسيطة للدلالة على أنها قابلة لاثبات عكسها ودحض مضـــمونها(٤). ولكن القاضي هو الذي يختار الواقعة المعلومة من بين وقائع الدعوى، ثم يستدل بها على الأمر المراد الكشف عنه و إثباته(٥).

وتعد القرائن القضائية من أدلة الإثبات غير المباشرة، إذ تنقل عبء الإثبات من الواقعـــة المتـــنازع عليها والتي يتعذر إثباتها أو يكون إثباتها صعباً، إلى واقعة أخرى

(١) الدكتور محمد مهران، مدخل إلى المنطلق الصوري، دار الثقافة للطباعة والنشر، ١٩٧٦، ص١٦٩.

(٢) الدكـــتور عمـــر الســـعيد رمضان، أصول المحاكمات الجزائية في التشريع اللبناني، بيروت، الدار المصرية للطباعة والنشر، ١٩٧١، ص٥٠٨ ويقول الدكتور رؤوف عبيد بأن القرائن الفعلية أو القضائية "هي كل اســـتنتاج لواقعة مجهولة من واقعة معلومة، بحيث يكون الاستنتاج ضرورياً بحكم اللزوم العقلي"، المرجع السابق، ص٦١٤.

(٣) المادة (٤٣/ب) من قانون البينات الأردني رقم (٣٠) لسنة ١٩٥٢.

(٤) الدكـــتور أحمـــد نشأت، رسالة الإثبات، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص١٨٧- ويقول الدكتور أحمد كمال الدين موسى (والأصل أن القرائن القضائية قابلة لاثبات العكس دائماً باعتبارها وسيلة للإثبات أي قرائن بسيطة أو غير قاطعة) المرجع السابق، ص١٣٠.

(٥) الدكتور توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص١٣٠.

قرينة منها أيسر في الإثبات[1]. فالخصم لا يثبت الواقعة القانونية ذاتها مصدر الحق، و إنمـــا يثبـــت واقعـــة أخرى ليستخلص منها الواقعة المراد إثباتها[2]. هكذا ينصب الإثـــبات بالقـــرائن على واقعة متصلة بموضوع التراع المعروض، فيؤدي ثبوتها إلى ترجيح ثبوت الواقعة المتنازع عليها[3].

ولا شـــك أن للقـــرائن دوراً مهماً في كل نظام إثبات؛ إذ يستحيل في بعض الأحـــيان إثبات بعض الوقائع عن طريق وسائل الإثبات المباشرة، فإذا اقتصرنا على أدلـــة الإثـــبات المباشر لما كان ممكناً الفصل في الدعوى، ولكن عن طريق القرائن نتوصل إلى إثبات هذه الوقائع بإثبات وقائع أخرى ذات صلة سببية منطقية بها. [4] كمـــا أن القرائن القضائية هي المصدر التاريخي للقرائن القانونية: ذلك أن الشارع يقـــرر القرينة القانونية إذا ما لاحظ استقرار القضاء واطراده على قرينة معينة، فيقره على ذلك، وينص عليها، فتتحول إلى قرينة قانونية[5].

ولا شـــك أن للقضاء الإداري دوراً في استخلاص القرائن، فقد سميت بالقرائن القضـــائية للدلالة على الدور الذي يلعبه القضاء فيها. ولكن لا يهم أن يقوم القضاء بنفســـه بعملية الاستنباط أو يقوم بها أحد الخصوم في الدعوى ويقره القاضي فيها. هكذا تستنبط القرينة القضائية في حالتين هما:

(١) الدكـــتور أحمـــد كمال الدين موسى، المرجع السابق، ص١٣١، والدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص٤٨٨.
(٢) الدكتور محمد يحيى مطر، المرجع السابق، ص١٦٧.
(٣) الدكتور محمد يحيى مطر، المرجع السابق، ص١٧٥.
(٤) الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص٤٨٧.
(٥) الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص٤٨٩.

الحالة الأولى: أن يقوم القاضي بنفسه بعملية استنباط القرينة:

تتحقق هذه الحالة حينما يتولى القاضي عملية استنباط الواقعة من الوقائع المعلومة لديه سواء كانت هذه الوقائع المعلومة متعلقة بموضوع الدعوى أم غير متعلقة بها، فله أن يأخذها من محاضر الدعوى والأوراق المقدمة فيها، حتى لو لم تتوافر فيها شروط الأدلة[(١)]. لهذا يتعين ثبوت وقائع معينة ابتداءً، ومن ثم إعمال القاضي لعقله في ضوء قواعد المنطق ليستنبط منها وقائع أخرى مجهولة لم يقدم عليها دليل آخر. هكذا تتطلب عملية استنباط القرينة القضائية توافر عنصرين أساسيين أحدهما مادي وثانيهما معنوي. فالعنصر المادي يتمثل في الوقائع التي تحقق القاضي من ثبوتها بأي طريق من طرق الإثبات. فثبوت تلك الوقائع شرط أساسي لصحة استنباط القرينة، وبذا يستبعد من مجال الاستنباط الوقائع المحتملة أو غير الثابتة ثبوتاً يقينياً. ويتمثل العنصر المعنوي في العملية الذهنية التي يقوم بها القضاء معتمداً على ذكائه وفطنته وخبرته لاستنباط الأمر المجهول من الأمر المعلوم والتوصل إلى نتيجة محددة[(٢)].

الحالة الثانية: إقرار القاضي للنتيجة التي استنبطها أحد الخصوم في الدعوى:

تتحقق هذه الحالة في قيام أحد الخصوم في الدعوى بجمع وقائع معينة و إثباتها ومن ثم استنباط نتائج محددة منها[(٣)]. فالخصم في الدعوى هو الذي يتولى عملية إثبات وقائع معينة بحيث تصبح وقائع معلومة، ويعمل بعد ذلك قواعد العقل والمنطق لاستنباط نتيجة معينة منها، فما دام أن هذه الوقائع قد ثبتت فإن واقعة أو وقائع

---

(١) الدكتور مفلح القضاة، البيّنات في المواد المدنية والتجارية، عمان، جمعية عمال المطابع التعاونية، ١٩٩٤، ص٢١٠.

(٢) الدكتور مفلح القضاة، المرجع السابق، ص٢١١ وما بعدها.

(٣) الدكتور مصطفى ابو زيد فهمي، المرجع السابق، ص٦٤٨.

أخرى تثبت بثبوتها. وللقاضي الإداري صلاحية تقديرية في قبول هذا الاستنباط أو رفضه. وإذا أقر القاضي هذا الاستنباط، فينسب إليه، وليس إلى الخصم الذي تولاه.

ويقوم الإثبات الإداري على مبدأ الاقتناع القضائي(١)، وبذا يمكن للقاضي الإداري أن يستمد اقتناعه من أي دليل، فلا وجود لدليل يحظر على القاضي أن يستمد اقتناعه منه، وهو ما استقر عليه قضاء محكمة العدل العليا الأردنية. فقد قضت: "ولصاحب الشأن الإثبات بكل وسائل الإثبات بما فيها القرائن ومنها على وجه الخصوص قرينة القرار الفجائي بما تستشف منه المحكمة حسبما يقتنع به وجدانها إلى أن القرار لا يقوم على سبب يبرر إصداره أي انه قائم على سبب غير مشروع ولا يمت إلى المصلحة العامة بصلة"(٢). "وحيث أن المحكمة تجد من قرينة صدور قرار الإحالة على التقاعد بشكل فجائي وبمجرد أن اكمل المستدعي مدة عشرين سنة خدمة قابلة للتقاعد كما انه لم يتجاوز الخمسين من العمر وكذلك قرينة وجود خلافات وشكاوى بين المستدعي ورئيس المجلس، من هذه القرائن تجد المحكمة أن القرار الطعين إنما صدر بدافع شخصي و لم يصدر للصالح العام"(٣) "وللتوصل إلى ما تم بالجلسة التي صدر فيها قرار الإحالة على التقاعد تبسط محكمة العدل العليا رقابتها على الظروف التي أحاطت بإصداره لتبين أن هذه الظروف والملابسات وخصوصاً المدة التي استغرقها إصدار القرار لا تمكن مجلس الوزراء عندما اصدر قراره من تكوين القناعة التامة لديه بقيام السبب المبرر لقرار الإحالة على التقاعد وان بقاء الموظف في وظيفته يتعارض مع المصلحة العامة، حتى إذا

(١) B. pacteau: preuve, in repertoire du contentieux administratif.

(٢) عدل عليا: ١٨/٧/١٩٩٠، (هيئة عامة)، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٠، ص٢٤١١.

(٣) عدل عليا: ١٢/٩/١٩٩٩، قرار رقم (١٢)، قضية رقم (٩٨/٣٥٢)، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٨، ص ٣٢٦٩.

وجـــدت محكمتنا أن مجلس الوزراء لم يراع الإجراءات وفقاً لما استعرضناه اعتبرت ذلك قرينة على أن قرار الإحالة صدر بدون بحث جدي موضوعي، وبدون التثبت مـــن قيامه على ما يبرر إصداره تحقيقاً للغاية المستهدفة بقانون التقاعد، قضت بأنه مشوب بعيب مخالفة القانون، وعيب إساءة استعمال السلطة"(١).

وبناءً عليه يتمتع القضاء الإداري بصلاحية تقديرية واسعة لتقدير ووزن ما يقدم إلـــيه مـــن الأدلة والشواهد، فهو الذي يستخلص القرينة وهو الذي يعطيها وزنها النسبي في إثبات عدم مشروعية القرار محل الطعن.

المبحث الثالث
تطبيقات القرائن القضائية

تُعد القرائن القضائية من وسائل الإثبات في المرافعات الإدارية، حتى وان كانت دليلاً غير مباشر. فقد قضت محكمة العدل العليا في هذا الشأن "ولصاحب الشأن أن يثبـــت العكـــس بكافة طرق الإثبات بما فيها القرائن"(٢). ولكن الإثبات بالقرائن القضـــائية في المـــرافعات المدنية والتجارية غير جائز إلا في الأحوال التي يجوز فيها الإثـــبات بالشـــهادة(٣)، فـــيمكن الالتجاء إلى هذه الوسيلة من وسائل الإثبات في المـــرافعات الإدارية لإثبات جميع اوجه عدم المشروعية التي يمكن أن تشوب القرار الطعـــين. ويســـتوي أن تـــتعلق تلك الأوجه بعدم المشروعية الشكلية (عيب عدم

(١) عدل عليا: ١٩٩٣/٧/١٤، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٣، ص١٨٦٦.

(٢) عـــدل عليا: ١٩٩٩/٢٠/٢٤، قرار رقم (٤٤) الصادر في القضية رقم ٩٩/٣١٥ وعدل عليا: ١٤/٧/ ١٩٩٣ (وهيئة عامة)، نقابة المحامين ١٩٩٣، ص١٨٦٦.

(٣) المادة (٤٣/ب) من قانون البينات الأردني.

الاختصاص أو عيب الشكل والإجراءات) أو بعدم المشروعية الموضوعية (عيب مخالفة القانون أو عيب الانحراف في استخدام السلطة أو عيب السبب). كما أن للقرائن القضائية دورا عمليا مهما في الواقع العملي، فرغم الشك في دلالة القرائن القضائية فان لها في الواقع دورا عمليا مهما في الإثبات، ومرد هذه الأهمية هو أن الإثبات المباشر الذي ينصب على الواقعة المراد إثباتها لا يتيسر في أغلب الأحوال، وبذا ينصب الإثبات على وقائع مجاورة أو ملازمة للواقعة محل النزاع، ويستنتج منها ثبوت هذه الأخيرة، أي يتم إثباتها عندئذ بالقرائن القضائية(١).

ومن المُسَلم به أيضًا أن القضاء يلجأ للقرائن لتحصيل الدليل والوصول إليه في العديد من الحالات بغية التخفيف من عبء الإثبات الثقيل الملقى على كاهل المستدعي بدعوى الإلغاء. كما أن إطراد القضاء على دلالة قرينة معينة قد يجعلها بمثابة القرينة القانونية، فيتدخل المشرع لاحقا لرفع هذه القرينة القضائية المطردة إلى مرتبة القرينة القانونية بنص صريح(٢). وفي الواقع فان القرائن القانونية تعتبر في الأصل قرائن قضائية استقرت وتواترت دون تغير في الدلالة من دعوى إلى أخرى مما حدا بالمشرع إلى تحويلها إلى قرائن قانونية بالنص عليها لتعميمها(٣).

وفضلاً عن ذلك فان اطراد القضاء الإداري على إعمال قرينة قضائية معينة يُضفي عليها صفة الإلزام، فيصبح الوضع مشابهاً للقرائن القانونية البسيطة التي تقبل إثبات العكس(٤). هكذا ابتداع القضاء الإداري بعض القرائن ورتب عليها أثراً، فقلب بذلك عبء الإثبات في دعوى الإلغاء رأساً على عقب.

---

(١) الدكتور مفلح القضاة، المرجع السابق، ص٢١٢.
(٢) الدكتور مفلح القضاة، المرجع السابق، ص٢١٢.
(٣) الدكتور أحمد كمال الدين موسى، المرجع السابق، ص٤٠٤.
(٤) الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص٦٤٩.

قرينة اعتبار ملف الموظف الوعاء الطبيعي والصادق لتصوير حالته :

اســتقر الاجتهاد القضائي المقارن على اعتبار ملف الموظف هو الوعاء الطبيعي الصادق لتصوير حالته، فإذا ظهر أن ملفه نظيف وعمله مرض لا تشوبه شائبة كان ذلك قرينة لصالح الموظف مقتضاها انه فصل ظلما، ومن ثم فان عبء الإثبات ينتقل فوراً إلى الإدارة المستدعي ضدها لتفصح هي عن الأسباب التي دعت إلى فصله من الخدمة[1].

وباستقراء قضاء محكمة العدل العليا يتضح أنها تفرق بين قرارات إحالة الموظفين إلى الــتقاعد أو الاستيداع وبين القرارات الأخرى الصادرة بحقهم، فترى أن الملف الوظيفي ليس هو الوعاء الوحيد الذي يستمد منه دحض مشروعية قرارات الإحالة إلى الــتقاعد أو الاســتيداع. فقد قضت محكمة العدل العليا "أما القول بأن مجلس الــوزراء لم يطلع على ملف المستدعي والذي يشهد له بالكفاءة والجدية في الخدمة، فــإن هــذا بفــرض صحته لا يصلح سبباً للطعن بقرار مجلس الوزراء بإحالته على الاستيداع لأن الملف الوظيفي ليس الوعاء الوحيد الذي يستمد منه دحض مشروعية القــرار المطعون فيه أو دفع قرينة صحته وقيامه على سببه المبرر له ما لم يقم الدليل عــلى عكس ذلك، وان الجهة المستدعية لم تقدم الدليل على صدور القرار مشوباً بعيب الانحراف كما سلف بيانه، وكذلك الادعاء بأن مجلس الوزراء لم يضع نفسه في أفضــل الظــروف عندما اصدر قراره بقي مجرد ادعاء وبقي القرار متمتعاً بقرينة الســلامة"[2]. وقضت في حكم آخر: "كما أن الادعاء بأن مجلس الوزراء لم يضع نفسه في افضل الظروف عند إصداره القرار المطعون فيه بقي مجرد ادعاء وبقي القرار

(١) الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص٦٤٩.

(٢) عدل عليا: ١٩٩٥/٣/٢٢، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٥، ص١١٧١.

متمـــتعاً بقريـــنة الســـلامة و لم يرد ما يزعزع هذه القرينة إذ يكفي أن يطلع مجلس الـــوزراء على تنسيب الوزير المختص ويتداول فيه أو يستمع إلى تقرير شفوي منه. أما القول بأن ملف المستدعي يشهد بنشاطه وجده في عمله فلا يصلح سبباً للطعن بقـــرار مجلـــس الوزراء بإحالته على الاستيداع فالملف الوظيفي ليس الوعاء الوحيد الـــذي تستمد منه أسانيد دحض المشروعية للقرار المطعون فيه أو دفع قرينة صحته وقـــيامه على سببه المبرر له ما دام أن المستدعي لم يقدم الدليل الإيجابي على صدوره مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة أو بإساءة استعمالها".(1) وتقول في حكم آخر: "أما الاحتجاج بأن المجلس القضائي وعند إصداره للقرار الطعين لم يضع نفسه في افضل الظـــروف بداعي عدم عرض ملف المستدعي عليه فانه وعلى فرض صحة ذلك لا يغـــير من الأمور شيئاً باعتبار أن الملف ليس الوعاء الوحيد الذي تستمد منه أسانيد دحـــض مشروعية القرار القاضي بالإحالة على التقاعد أو دفع قرينة صحته وقيامه عـــلى سببه المبرر له".(2) "أما القول بأن مجلس الوزراء لم يطلع على ملف المستدعي فـــلا يغير من الأمر شيئاً وان كان الملف الوظيفي هو الوعاء الطبيعي لحياة الموظف الوظيفية إلا أنه ليس الوعاء الوحيد الذي تُستمد منه أسانيد دحض مشروعية القرار الذي يقضي بإحالة الموظف على التقاعد أو دفع قرينة صحته وقيامه على سببه المبرر لـــه".(3) "أما الاحتجاج بأن مجلس الوزراء لم يطلع على ملف المستدعي فقد جرى قضاء هذه المحكمة على أن الاطلاع على ملف المستدعي ليس هو الطريقة الوحيدة للإحاطة بالوضع الوظيفي للموظف"(4). وتقول في حكم آخر "أما القول بأن مجلس الوزراء لم يطلع على ملف المستدعي الوظيفي ليستظهر وضعه الوظيفي وان تقييمه

(1) عدل عليا: ٢٦/٢/١٩٩٥، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٦، ص٦٦٩.
(2) عدل عليا: ١٧/٦/١٩٩٥، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٦، ص٦٨٥.
(3) عدل عليا: ١٧/٤/١٩٩٥، (هيئة عامة)، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٦، ١٥٩٥.
(4) عدل عليا: ١٧/٤/١٩٩٥ (هيئة عامة)، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٦، ص١٥٩٠.

مرتفع المستوى فانه بفرض صحته لا يصلح سبباً للطعن بقرار إحالته على الاستيداع ذلك انه وعلى ما استقر عليه قضاء محكمتنا فان الملف الوظيفي ليس الوعاء الوحيد الـــذي يستمد منه دحض مشروعية القرار الطعين أو دفع قرينة صحته وقيامه على ســـببه المبرر لصدوره ما لم يقم الدليل على عكس ذلك كما سلف ذكره، وكذلك الادعاء بان مجلس الوزراء لم يضع نفسه في افضل الظروف عندما اصدر قراره بقي مجرد ادعاء وبقي القرار متمتعاً بقرينة السلامة"[١].

فـــإذا كانـــت معظـــم أحكام محكمة العدل العليا تتجه إلى عدم اعتبار الملف الوظـــيفي الوعـــاء الوحيد لدحض مشروعية قرارات إحالة الموظفين إلى التقاعد أو الاســـتيداع، فهـــناك بعض الأحكام القضائية التي ذهبت عكس ذلك الاتجاه. فقد قضت محكمة العدل العليا "بالرجوع إلى ملف المستدعي تبين أنه يخلو من أي شائبة يمكـــن الاســـتناد إليها للقول بعدم كفاءته وإنتاجيته في العمل بل على العكس فان تقاريره السنوية تبين أن كفاءته كانت تتراوح بين درجة جيد جداً وممتاز، ولم تقدم النـــيابة العامـــة الإداريـــة ما يدحض ما ورد في هذه التقارير. لذلك يكون القرار المطعون فيه (إحالة المستدعي على التقاعد) مخالفاً للقانون"[٢]. وتقول محكمة العدل العليا في حكم آخر: " وفي دعوانا هذه نجد أن القرار المشكو منه لم يقم على سبب يبرره سيما وأن ملف خدمة المستدعي وهو الوعاء الطبيعي لسيرته الوظيفية قد جاء خلـــواً من أي شائبة، الأمر الذي تستخلص منه محكمتنا بأن قرار التسبيب بإحالة المســـتدعي على الاستيداع لم يكن مستنداً لسبب يبرره ولم يهدف لتحقيق مصلحة عامـــة، وأن قرار مجلس الوزراء المبني على هذا التنسيب غير المبرر حقيقٌ بالإلغاء"[٣]

(١) عدل عليا: ١٩٩٨/١٠/٢٠، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٩، ص٧٠.

(٢) عدل عليا: ١٩٩٧/١٠/٨، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٨، ص٨٣٨.

(٣) عدل عليا: ١٩٩٨/٦/٧، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٩، ص٩٨.

"وفي دعوانـــا هذه نجد لدى الرجوع إلى ملف خدمة المستدعي وهو الوعاء الطبيعي لســـيرته الوظيفية أنه قد جاء خلواً من أية شائبة كما أن جميع تقاريره السنوية أثناء خدمـــته بدرجـــة جيد جداً وممتاز كما وأنه حصل على أكثر من زيادة جدارة في الأعوام ٩٤، ٩٥، ٩٦"[١] "وحيث تجد المحكمة من ملفات المستدعية المبرزة في هذه الدعوى أن المستدعية من مواليد ١٩٥٧/٥/٣١ وحاصلة على دبلوم التمريض ومدة خدماتهـــا لا تتجاوز (٢١) عاما وأن تقاريرها السنوية بدرجة ممتاز وتتمتع بكفاءة عالـــية في العمل وأنها حاصلة على شهادات تقديرية في الدورات التي اشتركت فيها وخـــلا ملفها من أي شائبة أو قصور وكانت في طريقها إلى الاشتراك في دورة في مجال الإدارة التمريضية"[٢] "ومن الرجوع إلى ملف المستدعية الوظيفي نجد أن ملفها قـــد احـــتوى على الخدمات المميزة للمستدعية حيث أن تقاريرها السنوية كانت بدرجـــة ممـــتاز، وقد مُنحت زيادات جدارة أكثر من مرة وقد تم تثبيتها كمساعدة لمديـــرة مديرية الدواء بتاريخ ١٩٩٨/٤/١ نظراً لكفاءتها إلا أننا نجد في الملف نقلا غـــير مـــبرر - إلا أنـــنا نجد في ضوء البينات والقرائن التي صاحبت صدور القرار المطعـــون فـــيه فإن تنسيب معالي الوزير قد جاء بعد أن تظلمت المستدعية من قرار نقـــلها، الأمر الذي يدل دلالة قاطعة على أن مجلس الوزراء عندما وافق على إحالة المســـتدعية على التقاعد بناء على تنسيب معالي الوزير لم يطلع على ملفي خدمتها الســـري والعـــادي"[٣] "ومـــن الرجوع إلى ملف المستدعي الوظيفي نجد انه مليء بالمخالفـــات القانونـــية حيث سبق وأن وجه له لفت نظر من قبل أمين عام وزارة

---

(١) عدل عليا: ١٩٩٩/١٠/٢٤، قرار رقم (٤٤) في القضية رقم ٩٩/٣١٥.

(٢) عدل عليا: ٢٠٠٠/١٠/٨، مجلة نقابة المحامين ٢٠٠١، ص٨٤.

(٣) عدل عليا: ١٥/ ٢٠٠٠/١٠، مجلة نقابة المحامين ٢٠٠١، ص١٠٩.

الأشغال – وبذلك يكون القرار المطعون فيه له ما يبرره وصادراً عن مجلس الوزراء بحدود سلطته التقديرية"[١].

وعلى نقيض الاجتهاد القضائي السابق تعتبر محكمة العدل العليا الملف الوظيفي الوعاء الصادق لتصوير حالة الموظف بخصوص القرارات الأخرى الصادرة بحق الموظفين العموميين. فقد قضت "ومن الرجوع إلى ملف المستدعية وهو الوعاء الطبيعي لبيان سلوكها وكفاءتها أثناء فترة خدمتها نجد أن هذا الملف نظيف تماما وخال من أية عقوبات بل على العكس فقد تبين أن المستدعية كانت قد أرسلت لدورتين تدريبيتين إلى الجامعة الأردنية على نفقة المستدعي ضدها الأولى -وحيث أن القرار الطعين (إنهاء الخدمة خلال فترة التجربة) صدر عن المستدعى ضده على أساس عدم الكفاءة أو سوء السلوك كما بينا أعلاه فإنه والحالة هذه يكون مخالفاً لأحكام النظام"[٢].

اعتبار التماثل في تاريخ التنسيب بإصدار القرار وتاريخ القرار قرينة على عدم اطلاع مصدر القرار على ملف خدمة المستدعي:

ذهبت محكمة العدل العليا في بعض أحكامها إلى أن التماثل في تاريخ التنسيب وتاريخ القرار الطعين قرينة على عدم اطلاع مصدر القرار على ملف خدمة المستدعي الوظيفي. فتقول في أحد أحكامها: "وإن قرار الإحالة إلى الاستيداع صدر بذات اليوم الذي صدر فيه تنسيب الوزير الأمر الذي يشير إلى أن مجلس الوزراء الموقر لم يطلع على ملف خدمة المستدعي من هذه الأمور جميعها تستخلص محكمتنا بأن قرار التنسيب بإحالة المستدعي على الاستيداع لم يكن قائماً على سبب يبرره

---

(١) عدل عليا: ٢٠٠٠/١١/٦، مجلة نقابة المحامين ٢٠٠١، ص١٣٩.

(٢) عدل عليا: ١٩٩٥/١/٢٢، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٧، ص٩٣٧.

و لم يهـدف لتحقيق مصلحة عامة وان قرار مجلس الوزراء المبني على هذا التنسيب غـير المبرر حقيقٌ بالإلغاء"[1]. وقضت في حكم آخر "نجد أن قرار التنسيب صدر بـتاريخ ١٩٩٩/٧/٣ كما وان القرار الطعين صدر بذات التاريخ الأمر الذي يدل دلالـة قاطعـة على أن مجلس الوزراء لم يطلع على ملفي خدمة المستدعي السري والعـادي وانـه لم يضع نفسه في افضل الظروف"[2] وتقول محكمة العدل العليا في حكـم آخـر: "وبمـا أن المحكمـة تجد في تخيير الوزير للمستدعي (حسب أقوال الشـاهدة) بين الاستقالة أو الإعفاء من الوظيفة و لم تنتظر رده بل أتبعت ذلك على الفـور بالتنسـيب لمجلس الوزراء بإعفائه من الوظيفة حيث عمد مجلس الوزراء إلى إصدار القرار المطعون فيه على الفور أيضا بمعنى أن التخيير والتنسيب والقرار المشكو مـنه صدرت جميعا في نفس يوم ٩٩/١٠/٣٠ مما تجد معه المحكمة قرينة على عدم التروي والجدية في دراسة التنسيب ومناقشته، الأمر الذي ترى معه المحكمة أن القرار المشـكو منه لا يقوم على سبب واقعي مشروع بل صدر بناء على تنسيب مشوب بسـوء استعمال السلطة والابتعاد بسلطة التنسيب عن الأهداف المخصصة لها وهي تحقيق المصلحة العامة"[3].

قرينة القرار الفجائي:

اسـتقر قضاء محكمة العدل العليا على أن إصدار القرار الطعين بدون مؤشرات أو مقدمات يدل على نية الإدارة في إصداره قرينة، على التسرع في إصداره. فتقول محكمة العدل العليا: "ولصاحب الشأن الإثبات بكل وسائل الإثبات بما فيها القرائن ومـنها عـلى وجه الخصوص قرينة القرار الفجائي بما تستشف منه المحكمة حسبما

(١) عدل عليا: ١٩٩٩/١٠/٢٤، القرار رقم (٤٤) الصادر في القضية رقم ٩٩/٣١٥.
(٢) عدل عليا: ١٩٩٩/١١/٢١، القرار رقم (٢٥) الصادر في القضية رقم ٩٩/٣٢١.
(٣) عدل عليا: ٢٠٠٠/١٢/١٢، القرار رقم (١٧) الصادر في القضية رقم ٩٩/٦١٢.

يقتنع به وجدانها إلى أن القرار لا يقوم على سبب يبرر إصداره أي أنه قائم على سبب غير مشروع أو لا يمت إلى المصلحة العامة بصلة"(١). وتقول محكمة العدل العليا في حكم آخر "ولصاحب الشأن الإثبات بكل وسائل الإثبات بما فيها القرائن ومنها على وجه الخصوص القرار الفجائي بما تستشف منه المحكمة حسبما يقنع به وجدانها إلى أن القرار لا يقوم على سبب يبرر إصداره أي انه قائم على سبب غير مشروع ولا يمت إلى المصلحة العامة بصلة -وحيث أن المحكمة تجد من قرينة صدور قرار الإحالة على التقاعد بشكل فجائي وبمجرد أن اكمل المستدعي مدة عشرين سنة خدمة قابلة للتقاعد كما وانه لم يتجاوز الخمسين من العمر وكذلك قرينة وجود خلافات وشكاوى بين المستدعي ورئيس المجلس من هذه القرائن تجد المحكمة أن القرار الطعين إنما صدر بدافع شخصي و لم يصدر للصالح العام"(٢).

قصر مدة إصدار القرارات الصادرة عن المجالس واللجان الإدارية وتعدد الأشخاص الصادر بمواجهتهم القرار قرينة على صدور القرار دون بحث جدي موضوعي:

قضت محكمة العدل العليا في أحد أحكامها: "وللتوصل إلى ما تم بالجلسة التي صدر فيها قرار الإحالة على التقاعد تبسط محكمة العدل العليا رقابتها على الظروف التي أحاطت بإصداره لتستبين أن هذه الظروف والملابسات وخصوصا المدة التي استغرقها إصدار القرار لا تمكن مجلس الوزراء عندما اصدر قراره من تكوين القناعة التامة لديه بقيام السبب المبرر لقرار الإحالة على التقاعد وان بقاء الموظف في وظيفته يتعارض مع المصلحة العامة، حتى إذا وجدت محكمتنا أن مجلس الوزراء لم يراع الإجراءات وفقا لما استعرضناه اعتبرت ذلك قرينة على أن قرار الإحالة صدر بدون

(١) عدل عليا: ١٨/٧/١٩٩٠، (هيئة عامة)، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٠، ص٢٤١١.
(٢) عدل عليا: ١٢/٩/١٩٩٩، قرار رقم (١٢) الصادر في القضية رقم (٣٥٢/٩٨). نقابة ١٩٩٨، ص ٣٢٦٩.

بحث جدي موضوعي، وبدون التثبت من قيامه على ما يبرر إصداره تحقيقا للغاية المستهدفة بقانون التقاعد، قضت بأنه مشوب بعيب مخالفة القانون، وعيب إساءة استعمال السلطة – وقد انعقد مجلس الوزراء بجلسته العادية بعيد الساعة الخامسة مساء يوم ١٩٩٢/٩/١٢ برئاسة نائب رئيس الوزراء وزير التربية والتعليم، وحضر جانبا من اجتماع المجلس السكرتير الشاهد الدكتور منصور العتوم الذي يقول (ثم غادرت إلى الخارج ولما عُدت وجدت مجلس الوزراء قد وافق على إحالتهم على التقاعد). هذا ومن الثابت بأن مجموع من أُحيل على التقاعد بتلك الجلسة التي استغرقت حوالي ساعتين هو ثلاثة وستون موظفاً بمن فيهم كبار موظفي وزارة التربية والتعليم البالغ عددهم خمسة وعشرين منهم المستدعون، ومن الثابت أيضاً بأن نائب الرئيس والوزراء سيكونون بعيد الساعة السابعة والنصف من مساء ذلك اليوم باستقبال سيادة الشريف العائد من لندن وأنهم غادروا مبنى الرئاسة إلى المطار بعد انتهاء الجلسة مباشرةً"[1]. وتقول في حكم آخر: "وللتوصل إلى ما تم بالجلسة التي صدر فيها قرار الإحالة على التقاعد تبسط محكمة العدل العليا رقابتها على الظروف التي أحاطت بإصداره لتتبين أن هذه الظروف والملابسات وخصوصا المدة التي استغرقها إصدار القرار لا تمكن مجلس الوزراء عندما أصدر قراره من تكوين القناعة التامة لديه بقيام السبب المبرر لقرار الإحالة على التقاعد وأن بقاء الموظف في وظيفته يتعارض مع المصلحة العامة حتى إذا وَجَدَتْ محكمة العدل العليا أن مجلس الوزراء لم يُراع الإجراءات المذكورة اعتبرت ذلك قرينةً على أن قرار الإحالة على التقاعد صدر بدون بحث جدي وبدون التثبت على ما يبرر إصداره تحقيقاً للغاية

---

(١) عدل عليا: ١٩٩٣/٧/١٤، مجلة نقابة المحامين، ١٩٩٣، ص١٨٦٦.

المستهدفة بقانون التقاعد قضت بأنه مشوب بعيب مخالفة القانون وعيب إساءة استعمال السلطة"[1].

قرينة القبول الضمني بالقرار الإداري:

استقر قضاء محكمة العدل العليا على أن إتيان المستدعي بعض الأفعال يفيد قبوله الضمني بالقرار الإداري يسقط حقه في مخاصمته قضائيا بدعوى الإلغاء، كتقديم المستدعي استدعاء إلى مصدر القرار للمطالبة بتغيير تاريخ التسريح ليتسنى له تصفية أمور أعماله بتسليم ما هو في عهدته وتنظيم الكشوف اللازمة بتسليم العهدة للجنة المختصة باستلام الأثاث واللوازم[2]، وتقديم استدعاء إلى مصدر القرار للمطالبة بالإمهال لتوفيق أوضاع المركز كما طلبت إدارة الترخيص[3]، وتقديم استدعاء إلى الجهة الإدارية المختصة للمطالبة بحقوقه المالية بعد صدور قرار إنهاء الخدمة[4]، أو تقديم استدعاء للمطالبة ببدل الإجازات المستحقة له[5]، أو تقديم طلب لإصدار الأمر بصرف المكافأة التي يستحقها عن خدماته في القوات المسلحة مع رد العائدات التقاعدية التي حسمت من رواتبه[6]، أو تقديم طلب إلى الجهة الإدارية المختصة لإصدار قرار إداري بإعادة تعيينه أو استخدامه[7]، أو سكوت

---

(١) عدل عليا: ١٩٩٩/١١/٢١، مجلة نقابة المحامين، القرار رقم (٢٥) الصادر في القضية رقم ٩٩/٣٢١.

(٢) عدل عليا: ١٩٨٥/١١/١١، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٦، ص٢٥.

(٣) عدل عليا: ١٩٨٦/٤/٢٣، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٦، ص١١٧٩.

(٤) عدل عليا: ١٩٧٥/٧/١٣، مجلة نقابة المحامين ١٩٧٥، ص١٤٢٢.

(٥) عدل عليا: ١٩٧٧/١/٢٩، مجلة نقابة المحامين ١٩٧٧، ص١٥.

(٦) عدل عليا: ١٩٧٧/٦/٥، مجلة نقابة المحامين، ١٩٧٧، ص١١٧٥ وانظر أيضا عدل عليا ١٩٩٩/٦/٢٠، مجلة نقابة المحامين ٢٠٠٠، ص١٠٦.

(٧) عدل عليا: ١٩٧٩/٥/٢٠، مجلة نقابة المحامين ١٩٧٩، ص١٣٤٦ وعدل عليا: ١٩٧٥/٤/١٢، مجلة نقابة المحامين ١٩٧٥، ص١١٨٤.

المستدعي عن إعادة الإدارة تكييف الاستدعاء الذي قدمه(١)، أو قبض المستدعي لمستحقاته المالية(٢)، أو عدول المستدعي عن الاعتراض الذي قدمه ضد القرار(٣)، أو تغيير نوع المهنة واستخدام المحل لأغراض أخرى ليس من شأنها إقلاق الراحة العامة استجابة لقرار الإدارة (٤)، وعدم الطعن بقرار مجلس الوزراء بتمديد مدة خدمة المستدعي باعتباره من مواليد سنة معينة(٥)، أو تقديم المستدعي لطلب لتصويب مقدار الحسم من الراتب(٦)، أو توقيع الشخص على عقد استخدامه ومباشرة العمل(٧)، أو إبداء المستدعي رغبته بالاكتتاب بما يعود له حصص نتيجة زيادة رأس مال الشركة(٨)، أو امتناع المستدعي عن الخطابة في المساجد امتثالا لقرار المنع القاضي بمنعه عن الخطابة(٩)، أو تقديم المستدعي طلبا إلى المحافظ للإيعاز لرئيس المجلس البلدي لإعادته إلى عمله(١٠)، أو التحاق الموظف المفصول من الخدمة العامة بوظيفة حكومية أخرى(١١).

---

(١) عدل عليا: ١٢/٤/١٩٧٥، مجلة نقابة المحامين ١٩٧٥، ص١١٨٤.

(٢) عدل عليا: ٢٦/١/١٩٨٣، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٣، ص٣٣٨، وعدل عليا ٣٠/٧/١٩٩٤، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٥، ص٥٣٩.

(٣) عدل عليا: ٢٤/٤/١٩٨٦، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٦، ص١٢٣١.

(٤) عدل عليا: ٢٠/١١/١٩٨٤، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٥، ص١٣.

(٥) عدل عليا: ١٩/٧/١٩٩٨، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٩، ص١١٨.

(٦) عدل عليا: ٢٥/١٠/١٩٩٨، مجلة نقابة المحامين١٩٩٩، ص١٦٢.

(٧) عدل عليا: ٢٧/٢/١٩٩٦، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٧، ص١٠٢٠.

(٨) عدل عليا: ٢١/٤/١٩٩٦، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٧، ص٤١٦٤.

(٩) عدل عليا: ١٣/٩/١٩٩٥، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٦، ص١٦٢٣.

(١٠) عدل عليا: ٤/٢/١٩٩٥، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٥، ص٣٢٨٧.

(١١) عدل عليا: ٥/٧/١٩٨٣، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٣، ص١٠٨٩ وعدل عليا: ٢٧/٣/١٩٧٧، مجلة نقابة المحامين ١٩٧٧، ص٤٠٨.

قرينة العلم اليقيني:

استقر القضاء الإداري على اعتبار العلم اليقيني بالقرار يقوم مقام التبليغ ويؤدي إلى بـــدء سريان ميعاد الطعن بحق الشخص. ومن أمثلة ذلك في قضاء محكمة العدل العليا، تلاوة إبن صاحب العقار فحوى قرار الإدارة بهدم البناء على المستأجر(١)، أو تقـــديم المســـتدعي الاستدعاء إلى مدير الدائرة يشير فيه صراحةً لقرار الاستغناء عن خدمته(٢)، أو تقديم استدعاء يشير فيه إلى قرار اعتباره فاقداً لوظيفته أو أن المادة التي يـــبنى علـــيها القرار لا تنطبق على حالته وأن لديه التقارير التي تبرر عدم عودته إلى عملـــه بعـــد انتهاء إجازته وانه مستعد لإبرازها(٣)، أو تقديم استدعاء من المفوض بالتوقيع عن الشركة بأمورها المالية والإدارية والقضائية إلى الوزير المختص للمطالبة بإعـــادة الـــنظر بتجديد رخصة الاستيراد واستثناء مادة (الردصورا) من أمر الدفاع الـــذي يمـــنع استيراد جميع المشروبات الغازية(٤)، أو تقديم استدعاء إلى مجلس نقابة المحامين يطلب فيه الرجوع عن قراره السابق المتضمن شطب اسمه من سجل المحامين المتدربين (٥)، أو تقديم استدعاء إلى الوزير يشكره فيه على قراره بوقف عملية الحفر بالبـــئر ويـــرجوه إلغاء رخصة الحفر الممنوحة لأحد الأشخاص بحجة عدم قانونية المســـافة بـــين الآبار(٦)، أو تقديم المستدعي لتظلم إداري ضد القرار الإداري(٧)، أو تنفـــيذ المستدعي للقرار الصادر بحقه(٨)، أو استلام المستدعي لراتب دون احتساب

---

(١) عدل عليا: ١٩٦٧/٢/٢٩، مجلة نقابة المحامين ١٩٦٧، ص١١٧.
(٢) عـــدل عليا: ١٩٦١/٨/١٦، مجلة نقابة المحامين ١٩٦١، ص٤٥٨، وعدل عليا: ١٩٩٣/١١/٢٦، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٤، ص٧١.
(٣) عدل عليا: ١٩٩٦/١٠/١، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٦، ص٨٨٨.
(٤) عدل عليا: ١٩٨٦/٢/٢٦، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٦، ص٨٤٥.
(٥) عدل عليا: ١٩٩٦/٤/٢٣، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٦، ص١٦٩٤.
(٦) عدل عليا: ١٩٩٦/٥/١٥، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٧، ص٤٢٧٧.
(٧) عدل عليا: ١٩٧٩/٣/١٥، مجلة نقابة المحامين ١٩٧٩، ص٨٣٩.
(٨) عدل عليا: ١٩٥٧/٤/٤، مجلة نقابة المحامين ١٩٥٧، ص٣٢٣.

العلاوات التي قررت الإدارة تخفيضها[١]، أو تقديم دعوى إلغاء سابقة للطعن بالقرار[٢]، أو تنظيم المستدعي لوكالة لاحد المحامين للطعن بالقرار[٣].

وترى محكمة العدل العليا أن هناك بعض القرارات الإدارية التي تنطوي طبيعتها على علم صاحب الشأن بها علما يقينيا، ومن أمثلتها قرارات تسفير الأجانب[٤]، وقرارات إقفال المحال التجارية[٥]، وقرارات توقيف الأشخاص[٦].

ارتكاب الموظف لأفعال معينة تعد مخالفات مسلكية قرينة على الانحراف في استخدام الإجراءات الإدارية:

استقر قضاء محكمة العدل العليا على أن ارتكاب الموظف لأفعال معينة تعد مخالفات مسلكية تستحق العقاب التأديبي قرينة على الانحراف في استخدام الإدارة لصلاحيتها في نقل الموظفين "تبين أن النقل كان عقوبة مفروضة على المستدعي لأنه تصرف تصرفاً غير كيس مع رؤسائه وعلى شهادة كاذبة خلافا للحقيقة ولذا فإن قرار النقل يخفي عقوبة تأديبية مقنعة"[٧]، أو استخدام صلاحيتها في إحالة الموظفين

---

(١) عدل عليا: ١٩٩٦/٤/٢٣، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٧، ص١٠٤٣.
(٢) عدل عليا: ١٩٩٧/٥/٢٨، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٧، ص٤٢٣٩.
(٣) عدل عليا: ١٩٨٠/١٩، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٠، ص١٠٦٨ وعدل عليا ١٩٦٤/١١/٢٦، مجلة نقابة المحامين ١٩٦٥، ص٣، وعدل عليا: ١٩٩٥/٦/٢٠، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٦، ص٧٩٤، وعدل عليا ١٩٩٥/٤/١٥، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٥، ص١٨٦٨.
(٤) عدل عليا: ١٩٩٥/٧/١٢، مجلة نقابة المحامين١٩٩٦، ص١٦١٣.
(٥) عدل عليا: ١٩٩٤/٣/٢، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٥، ص١١٦٧.
(٦) عدل عليا: ١٩٩٥/٤/١٦، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٥، ص٣١٠٧.
(٧) عدل عليا: ١٩٨٢/٢/٢٦، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٢، ص٥٠٩ وعدل عليا: ١٩٨٥/٧/١٠، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٥، ص١٧٧٢ وعدل عليا ١٩٨٦/٥/١٢، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٧، ص٤٦، وعدل عليا: ١٩٥٥/٩/٢٧، مجلة نقابة المحامين ١٩٥٥، ص٢٢٩ وعدل عليا: ١٩٩٦/٢/٤، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٧، ص١٠٠٧٤.

إلى التقاعد "وإذا كان المستدعي ضده يأخذ على المستدعي قيامه بأعمال تضر بمصلحة المرفق الذي يعمل فيه، أو يأخذ عليه تصرفا غير لائق، فقد كان عليه أن يحيله إلى مجلس تأديبي عملا بالمادة (٨٣ من نظام الخدمة المدنية، أو ينهي خدمته بالاستناد إلى المادة (١٤٣) من هذا النظام، لا أن يلجأ إلى نص المادة (١٥) من قانون التقاعد المشار إليه التي لا يجوز تطبيقها بحقه للأسباب التي أشرنا إليها"(١)، أو استخدام صلاحيتها في انتداب الموظفين "إن وزيرة التنمية والشؤون الاجتماعية قد أفصحت عن الدافع الذي حدا بها لطلب ندب المستدعية من وظيفتها الأصلية للعمل في وزارة الشؤون البلدية والقروية والبيئة وهو حسب الادعاء عدم تقييدها بواجباتها المنصوص عليها في المادة (٨١) وإتيانها بعض المحظورات المنصوص عليها في المادة (٨٢) من نظام الخدمة المدنية كما هو واضح في كتابها الموجه لدولة الرئيس بتاريخ ١٩٨٠/٥/٢٤، المحفوظ في ملف المستدعية السري تحت رقم (٩) يتضمن الشكوى من سلوك المستدعية الوظيفي وإتيانها بعض المحظورات وطلب نقلها أو إحالتها إلى التقاعد بداعي أن بقاءها في وظيفتها بالنسبة لذلك بات مستحيلا، مع أن المادة (٨٣) لا توجب في مثل هذه الحالة ندب الموظف إلى دائرة أخرى و إنما توجب اتخاذ الإجراء المنصوص عليه فيها"(٢) "نجد من أوراق هذه الدعوى أن المستدعى ضده وعلى اثر ارتكاب المستدعية لعدة مخالفات إدارية وفرض عقوبات عليها من قبله فقد قرر نقل المذكورة بتاريخ ١٩٩٤/٨/٢٢ من وظيفة مديرة مدرسة دوقرة الأساسية إلى وظيفة مساعدة في مدرسة اليرموك الأساسية بالرصيفة وقد اتبع ذلك وبتاريخ ١٩٩٤/٩/٣ بقرار يقضي بنقل المذكورة إلى مساعدة في مدرسة خولة بن ثعلبة الأساسية -وبما أن نقل المستدعية من وظيفة مديرة مدرسة

(١) عدل عليا: ١٩٧٣/٩/٣٠، مجلة نقابة المحامين ١٩٧٣، ص١٥٠٨.

(٢) عدل عليا: ١٩٨٠/١٢/١٥، مجلة نقابة المحامين ١٩٨١، ص٢٩٧.

إلى وظيفة تقل بمستواها عن الوظيفة الأولى وهي مساعدة في مدرسة علاوة على أن هـذا الـنقل كان على اثر ارتكاب المستدعية لعدة مخالفات مسلكية ينطوي على عقوبـة تأديبية مقنعة أي أن الإدارة قصدت معاقبة المستدعية دون اتخاذ الإجراءات التأديبية"[(١)].

ويسـتفاد ممـا سبق إن محكمة العدل العليا الأردنية ترى أن نقل الموظف العام بعد ارتكابـه لأفعـال تعتبر مخالفات مسلكية قرينة على إنها انحرفت في استخدام هذه الصلاحيات المقررة لها لتحقيق المصلحة العامة وليس لعقاب الموظف.

نقل الموظف العام إلى وظيفة أدنى من حيث صلاحيتها ومسؤولياتها قرينة على الانحراف في استخدام صلاحية نقل الموظفين:

اسـتقر قضاء محكمة العدل العليا على اعتبار الاختلاف والتباين بين الوظيفتين مـن حيـث صـلاحياتهما ومسؤولياتهما قرينة على انحراف الإدارة في استخدام صـلاحيتها في نقـل الموظفين "إنما ينطوي في الواقع على جزاء تأديـبي مقنع على اعتـبار أن الوظـيفة المذكورة التي نُقل إليها أدنى في مستواها وطبيعتها من وظيفة (مديـرة بيطرة)"[(٢)]، "وبما أن وظيفة مهندس الأبنية تعلو وظيفة رئيس مراقبي الأبنية مـن الوجهـتين الإدارية والأدبية، ولهذا كان نقل المستدعي من الوظيفة الأولى إلى الثانـية ينطوي على تنزيل له من وظيفة أعلى إلى أدنى مما لا تملكه الإدارة إلا بقرار تـأديبي"[(٣)]، "وإذا كـان مستوى وظيفة مهندس في قسم الكهرباء أقل بكثير من مسـتوى رئـيس قسم الصناعة، فيكون نقل الموظف من الوظيفة الثانية إلى الأولى

---

(١) عدل عليا: ١٩٩٥/٤/٤، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٥، ص٣٣٣٥.

(٢) عدل عليا: ١٩٦٦/١٠/٢٦، مجلة نقابة المحامين ١٩٦٦، ص١١١٧.

(٣) عدل عليا: ١٩٦٧/٥/٧، مجلة نقابة المحامين ١٩٦٧، ص٥٢٧.

منطوياً على إجراء تأديبي مقنع"[١]، "إذا كانت الوظيفة التي يشغلها الموظف هي مدير دائرة مستقلة مرتبطة رأساً بالوزير وكانت الوظيفة التي نُقل إليها هي عضو في مجلس رئيسة وكيل وزارة، فتكون الوظيفة التي نُقل منها ليست مستوى مسؤولية الوظيفة التي نُقل إليها ومرتبتها وهي من مستوى مسؤولية الوظيفة التي كان يشغلها ومرتبتها، ويكون قرار نقله في حقيقته إجراءً تأديبياً"[٢] "نجد في الظروف والملابسات التي أحاطت بصدور القرار المطعون فيه أن نقل المستدعي الأول من وظيفة مدير مدرسة الربة الزراعية إلى وظيفة تقل عنها في المستوى وهي وظيفة رئيس قسم اللوازم في مديرية التربية والتعليم ما ينطوي على عقوبة تأديبية مقنعة لم يقصد فيها الصالح العام وبالتالي فإن قرار نقل المذكور مشوب بعيب إساءة استعمال السلطة"[٣].

ويتضح من الأحكام القضائية السابقة أن محكمة العدل العليا ترى في واقعة أن الوظيفة المنقول إليها الموظف أدنى من حيث الصلاحيات والمسؤوليات قرينة على أن الإدارة استهدفت عقاب الموظف ولي تحقيق الصالح العام.

---

(١) عدل عليا: ١٩٧٣/٢/٢٢، مجلة نقابة المحامين ١٩٧٣، ص٣٩٣ وبذات المعنى عدل عليا ١٩٨٧/٣/١٦، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٨، ص٦٠٣.

(٢) عدل عليا: ١٩٦٨/٢/٨، مجلة نقابة المحامين١٩٦٨، ص١٢٥.

(٣) عدل عليا: ١٩٩٤/١٢/١٣، مجلة نقابة المحامين١٩٩٥، ص٣٢٦٩، وعدل عليا: ١٩٩٥/٤/٤، مجلة نقابة المحامين١٩٩٥، ص٣٣٣٥.

خاتمة:

يتميز الإثبات الإداري بالصعوبة؛ إذ يصعب على المستدعي، وهو فرد عادي في الغالب الأعم إثبات صحة ادعاءاته. ومرد هذه الصعوبة عدة أسباب مختلفة لعل من أهمهـا حيازة الإدارة (المستدعى ضدها) للأدلة الخطية، وجو السرية والكتمان التي تحـيط إصدار القرارات الإدارية، وقرينة المشروعية اللصيقة بالقرارات الإدارية، إذ يفـترض أنها مشروعة ومتفقة مع القانون، وعلى من يدعي العكس أن يثبت ذلك، وأخـيراً عـدم تعاون الإدارة مع القضاء الإداري، فقد كشف التطبيق العملي عن مراوغة واضحة من جانب الإدارة المستدعى ضدها.

ولكـن تلك الصعوبة لم تجعل مهمة إثبات عدم مشروعية القرارات المطعون بها مستحيلة، فقد بذل القضاء الإداري جهداً جباراً لمساعدة المستدعي في إثبات صحة ادعاءاتـه، فقـد أجـاز إثبات عيب الانحراف في استخدام السلطة من الظروف الخارجـية الـتي صـاحبت أو أعقبـت إصدار القرار. كما انتهج سياسة قضائية تسـتهدف تخفيف عبء الإثبات على المستدعي خصوصاً في حالة عدم مشروعية أسباب القرار، فقد اكتفى بان يقدم المستدعي قرائن جدية على صحة ادعاءاته، أو الاكـتفاء بتقديم ادعاءات لم تنفها الإدارة لاعتبارها صحيحة والحكم بإلغاء القرار الطعـين. كما أنه لا يتطلب من المستدعي أن يُقدم دليلاً يقينياً قاطعاً، بل يكفي أن يقدم ما يزعزع قرينة السلامة التي يتمتع بها القرار الطعين.

وتُعـد وسـيلة القرائن من وسائل الإثبات الإداري، فقد أقر القضاء الإداري بإمكانـية الالـتجاء إليها لإثبات عدم مشروعية القرار الطعين. فالمقصود بالقرائن القضـائية القـرائن الـتي لم ينص عليها القانون ويستخلصها القاضي من ظروف الدعوى ويقتنع بأن لها دلالة معينة. ولا شك في أن للقاضي دورٌ في استخلاصها.

ويستـــوى أن يقـــوم القاضي نفسه بعملية الاستنباط أو يقوم أحد الخصوم في الدعوى ويُقره القاضي فيها. هكذا تُنسب القرينة في الحالتين إلى القاضي الإداري.

وغـــنيٌ عـــن البيان أن القرائن القضائية من أدلة الإثبات غير المباشرة، إذ تنقل عبء الإثبات من الواقعة المتنازع عليها والتي يتعذر إثباتها أو يكون إثباتها صعباً، إلى واقعة أخرى قريبة منها أيسر في الإثبات. فالمستدعي لا يثبت الواقعة القانونية ذاتها، بـــل يثبت واقعة أخرى ليستخلص منها الواقعة المراد إثباتها. وعليه ينصب الإثبات بالقرائن على واقعة متصلة بموضوع النزاع المعروض، فيؤدي ثبوتها إلى ترجيح ثبوت الواقعة المتنازع عليها.

ويتضـــح مـــن تدقيق الاجتهاد القضائي أن القاضي الإداري اعتمد العديد من القـــرائن الـــتي اعـــتمد عليها لتقرير عدم مشروعية القرارات المطعون بها والحكم بإلغائها. ومن أمثلة ذلك، قرينة اعتبار ملف الموظف العام الوعاء الطبيعي والصادق لتصـــوير حالته الوظيفية، واعتبار التماثل في تاريخ التنسيب بإصدار القرار وتاريخ القرار نفسه قرينة على أن مصدره لم يطلع على ملف خدمة الموظف، وقرينة القرار الفجـــائي، وقريـــنة القـــبول الضمني بالقرار الإداري، وقرينة العلم اليقيني بالقرار، وارتكـــاب الموظف لأفعال تُعد مخالفات مسلكية قرينة على الانحراف في استخدام الإجـــراءات الإدارية، والتباين والاختلاف بين الوظيفتين المنقول منها والمنقول إليها من حيث الصلاحيات والمسؤوليات قرينة على الانحراف في استخدام صلاحية نقل الموظف، وان النقل ينطوي على عقوبة تأديبية مقنعة.

ونخلص من دراستنا السابقة إلى تقديم التوصيات الآتية:

أولاً: يفضل أن يتابع القضاء الإداري الأحكام القضائية التي تنطوي على ابتداع لقرائن قضائية ويقوم بتأصلها وتوضيحها وعدم الخروج عليها. وبعبارة أخرى أن يرفع القضاء الإداري التناقض بين الأحكام القضائية ذات الصلة بالقرائن.

ثانياً: يفضل أن يقوم القضاء الإداري بتوضيح القرائن التي يبتدعها وتحديد ماهيتها وبيان معالمها وحدودها.

ثالثاً: يفضل أن يتوسع القاضي الإداري في قبول القرائن لاثبات عدم مشروعية القرارات المطعون بها، ففي ذلك تخفيف لعبء الإثبات الملقى على كاهل المستدعي في دعوى الإلغاء.

رابعاً: يفضل أن يتابع المشرع القرائن التي يبتدعها القاضي الإداري وينقلها إلى نصوص التشريع، فمعظم القرائن القانونية ذات مصدر قضائي.

البصمة الوراثية، وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي، والنسب

د. ناصر عبد الله الميمان

أستاذ مساعد بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية جامعة أم القرى

ملخص البحث:

من أهم المستجدات العصرية في علم الأحياء الحديث "البصمة الوراثية" والتي أحدثت ضجة كبرى في اكتشافها وكان لابد من بيان أحكامها في الشريعة الإسلامية، من حيث تعريف البصمة الوراثية وحكم الاعتماد عليها في الطب الشرعي والنسب من حيث إثباته أو نفيه شرعاً.

وتخلص هذه الدراسة إلى عدة نتائج تؤكد انفراد كل شخص ببصمة وراثية خاصة له تعتبر وسيلة دقيقة للتميز بين الأشخاص، كما يجوز الاعتماد علهيا في مجال إثبات هوية الشخص والتحقق من شخصيته والاعتماد عليها في المجال الجنائي في غير الحدود والقصاص، أما الاعتماد عليها في الحدود والقصاص فمحل نظر. كما يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في إثبات النسب. وتقع البصمة الوراثية في منـــزلة القيافة بين طرق إثبات النسب، ولايجوز أن تتقدم على الطرق الشرعية التي اتفق الفقهاء على ثبوت النسب بها. وتؤكد الدراسة أيضاً بأن هناك طريق واحد لنفي النسب الثابت بالطرق الشرعية وهي اللعان، ولايجوز الاعتماد على نتائج البصمة الوراثية في ذلك. كما لايجوز الاستغناء بالبصمة الوراثية عن اللعان.

المقدّمة:

الحمد لله الذي لم يزل عليماً قديراً، والصلاة والسلام على من أرسله الله كافة للناس بشيراً ونذيراً، وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيرًا، أما بعد:

فإن التطور العلمي المتنامي على مرور الأيام فتح على الناس أبوابًا كانت موصدة، وكشف عن حقائق وأسرار كانت بعيدة عن الإدراك، واحتاج الناس مع ذلك إلى بيان أحكام الله في هذه المستجدات، وما يجوز منها وما يمنع.

ولما كانت هذه الشريعة قد أكملها الله ﷻ، كما قال ﷻ: **﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الإِسْلاَمَ دِينًا﴾**[المائدة: ٣]، فلذا جاءت وافية بأحكام الدارين، مشتملة على الأصول والقواعد العامة التي تصلح للتطبيق في كل زمان ومكان حتى لم تخل حادثة من حكم الله فيها.

وإن من أهم المستجدات العصرية في علم الأحياء الحديث"البصمة الوراثية" التي أحدثت ضجة كبرى في اكتشافها، ثم في تطور وسائل تطبيقها، ثم في المجالات التي يمكن فيها الإفادة منها، حتى أصبحت من الحقائق المهمة في هذا العصر في مجال الطب الشرعي، وفي مجال إثبات أو نفي النسب.

وقد اهتمت الأوساط العلمية في عالمنا العربي والإسلامي بهذا الحدث، ولكن معظم اهتمامها منبعث من كيفية اللحاق بهذه التقنية، وامتلاك أسبابها، والاستفادة من تطبيقاتها وإنجازاتها العلمية، والقليل منها فقط هو الذي يحاول البحث في آثارها الاجتماعية والثقافية، ويسعى لوضع إطار أخلاقي وقانوني يضبطها، بل -مع الأسف الشديد-نجد أن عالمنا العربي والإسلامي يعيش حالة من الجمود التشريعي في مواجهة تطور هائل ومستمر للعلوم البيولوجية وآثارها في جوانب مختلفة، بينما المفترض أن يستأثر بجهود تشترك فيها جميع التخصصات العلمية والفقهية والاجتماعية، من أجل تقليص الفجوة - إن لم يكن سدها كاملاً- في هذا الباب.

لذا آثرت الكتابة في هذه النازلة لبيان أحكامها في الشريعة الإسلامية.

وقد واجهتني بعض الصعوبات في هذا البحث، أهمها: قلة المراجع التي تتحدث عـــن هـــذا الموضوع من جانب، وسرعة تطور المعلومات في هذا المجال من جانب آخر، مما حدا بي لاستخدام شبكة الإنترنت للوقوف على المستجدات فيه أولاً بأول لحين الانتهاء من كتابة مسودة هذا البحث.

وقد اقتضت طبيعة هذا البحث أن أضع خطته على النحو التالي:

الفصل الأول: التعريف بالبصمة الوراثيةوحكم الاعتماد عليها في الطب الشرعي (المجال الجنائي، ومجال إثبات الهوية) وفيه مبحثان:

المبحث الأول: التعريف بالبصمة الوراثية. ويحتوي على خمسة مطالب.

المبحث الثاني: الاعتماد على البصمة الوراثية في الطب الشرعي. وفيه مطلبان.

الفصـــل الـــثاني: النسب وحكم الاعتماد على البصمة الوراثية في إثباته أو نفيه شرعاً. ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: طرق ثبوت النسب، أو نفيه شرعاً. وفيه مطلبان.

المبحـــث الـــثاني: إثبات النسب أو نفيه بالبصمة الوراثية شرعاً. ويحتوي على ثمانية مطالب.

الخـــاتمة: وقد بينت فيها أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال هذا البحث.

ثم يأتي فهرس المصادر والمراجع، وبعده فهرس الموضوعات.

هذا، ولا أدعي أني بهذا البحث قد وفّيت الموضوع حقه، أو أني قد بلغت فيه الغاية، لكـــنه محاولـــة لكشف اللثام عن وجه الحق، وبيان حكم الشرع في هذه النازلة الخطرة، رأيت من الواجب عليَّ القيام بها، فالله المستعان، وعليه التكلان.

وأســـأل الله تعالى أن يوفقني فيه للصواب، وأن يمن عليَّ بالإخلاص، وأن يغفر ذنبي ويستر عيبي، ويسدد زللي، إنه سميع مجيب.

بيان بعض المصطلحات الواردة في البحث:

في بدايـــة البحث لا بد من التعريف ببعض المصطلحات العلمية التي تتكرر في ثـــنايا البحث، وتتعلق بصلب الموضوع لتتجلى حقيقتها. وأشرحها بشكل موجز، معـــتمداً في ذلـــك على ما قاله أهل الاختصاص في هذا الشأن، مع عدم الإطالة في الـــتعريف، والاكتفاء بما يبين حقيقة الشيء، وما يُحتاج إلى معرفته في بيان الحكم الشرعي، بعيداً عن التعقيدات العلمية الخاصة.

أولاً: الخليـة:

هي الوحدة الحية التي تحتوي على كل ما هو ضروري لوجود مستقل(١).

أو بعبارة أخرى: هي أصغر وحدة أساسية لجميع أشكال الحياة(٢).

ويذكـــر الباحثون أن الخلية الواحدة تقوم بمعظم الأعمال الحيوية التي تقوم بها الأحياء مثل التنفس والتغذي والتكاثر ... إلخ(٣).

ويتكون الكائن الحي من الخلايا، وتحتوي الخلية على النواة في داخلها، هي سر النشاط الحيوي فيها، ومركز التحكم الذي يوجه نشاط الخلية. ويحيط بالنواة غشاء نـــووي، وبـــاقي مساحة الخلية -ما بين النواة وجدار الخلية- سائل خلوي يسمى "السيتو بلازم"(٤).

ثانياً: الصبغيات (الكروموسومات):

هـــي أجسام شبه خيطية داخل نواة الخلية تحمل المورِّثات (الجينات) التي تقرر الصفات الوراثية للفرد، ويمكن رؤيتها بالمجهر عندما تكون الخلية في طور الانقسام.

(١) انظر عالم الجينات، ص ٩.
(٢) انظر الموسوعة العربية العالمية ١٠/١٣٥.
(٣) انظر المرجع السابق ١٠/١٣٦.
(٤) انظر: عالم الجينات ص ١٣ – ١٥.

ويبلغ عدد الصبغيات في الخلية البشرية ثلاثاً وعشرين زوجاً، ما عدا الخلية الجنسية (الحيوان المنوي في الذكر، والبويضة في الأنثى) فإن كلاً منهما يحتوي على ثلاث وعشرين صبغياً، حتى إذا التقيا فإنهما يكونان نطفة كاملة بها ٤٦ صبغياً نصفها من الأب، ونصفها الآخر من صبغيات الأم[1].

ثالثاً: المورِّث (الجين):

هو جزء من الصبغي (الكروموسوم)، يحوي كل المعلومات الوراثية، ومعلومات طريقة عمل الجسم؛ لأنه هو المسؤول عن صنع البروتين.

ويعتقد الباحثون أن عدد الجينات الموجودة داخل نواة كل خلية بشرية تقدر -في المتوسط- بحوالي ثمانين ألف جين، موزعة على ٤٦ كروموسوماً، على الحامض النووي (د. ن. أ)، لكن ما يعمل منها عدد محدود تقدر بحوالي ١٠ في المائة، حسب حاجة كل خلية ووظيفتها، لكن الجينات التي لا تعمل (ويقال لها الجينات غير النشطة) يمكن أن تورَّث وتعمل في الأجيال القادمة[2].

رابعاً: الحمض النووي (د. ن. أ):

هو المادة الموجودة داخل الصبغيات، بشكل سلم حلزوني، يحتوي على أكثر من ١٠٠ مليون من القواعد النيتروجينية الأربع، تتراص عليه الجينات، وتحمل التعليمات الوراثية وتوجه إنتاج (ر، ن، أ) الذي هو بدوره يحمل تعليمات (د. ن. أ) لإنتاج البروتين[3].

(١) انظر: الموسوعة العربية ١٥/٤١؛ عالم الجينات ص ٣٩ – ٤١؛ العلاج الجيني و استنساخ الأعضاء البشرية ص ٥٦.
(٢) انظر العلاج الجيني ص ٧٥؛ الموسوعة العربية ٢٧/٥٨، ٥٩؛ عالم الجينات ص ٦٦، ٧٣، ٨٤.
(٣) انظر: الموسوعة العربية ١٠/١٣٦، ٢٧ /٦٦؛ عالم الجينات ص ١٩، ٢٠٥.

خامساً: البروتين:

كتلة بنائية كيمائية في داخل الجسم، وهو أساس نشاط الخلية، تصنعه الجينات.

وتوجـــد في بدن الإنسان آلاف من البروتينات لها وظائف مختلفة، فمثلاً، نجد أن الهيموغلوبين هو بروتين موجود في خلايا الدم ويكون مسؤولاً عن نقل الدم إلى أعضاء البدن.

وكل بروتين يشتمل على سلسلة من الأحماض الأمينية (القواعد النتروجينية)، وأي خلل أو اضطراب في هذه السلسلة يؤدي إلى مرض معين [(١)].

الفصل الأول
التعريف بالبصمة الوراثية والاعتماد عليها في الطب الشرعي (المجال الجنائي، ومجال إثبات الهوية

ويحتوي على مبحثين:

المبحث الأول: التعريف بالبصمة الوراثية، وفيه خمسة مطالب.

المبحث الثاني: الاعتماد على البصمة الوراثية في الطب الشرعي (المجال الجنائي، ومجال تحديد الهوية)، وفيه مطلبان:

(١) انظر المرجع السابق ص ١٠٦؛ الموسوعة العربية ١٣٦/١٠؛ علم حياة الإنسان ص ١٣١، ١٤٨.

المبحث الأول
التعريف بالبصمة الوراثية

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: تعريف البصمة الوراثية

المطلب الثاني: اكتشاف البصمة الوراثية، وبيان ماهيتها

المطلب الثالث: التقنية الفنية للحصول على البصمة الوراثية

المطلب الرابع: كيفية المقارنة لبن البصمات

المطلب الخامس: أهم خصائص البصمة الوراثية.

تمهيد:

قبل أن أتحدث عن البصمة الوراثية أرى لزاماً عليَّ أن ألقي الضوء على حقيقة (د. ن. أ) ؛ ذلك لأن اكتشاف (د. ن. أ) هو الذي أدى إلى اكتشاف البصمة الوراثية، ولأن معرفة البصمة الوراثية لأي شخص مبنية على تحليل (د. ن. أ) الخاص به، ولا تتأتى معرفة البصمة الوراثية إلا بعد معرفة (د. ن أ)، ولا شك أن معرفة (د. ن. أ) تساعد على معرفة الحكم الفقهي للبصمة الوراثية ؛ لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره، وكل ذلك يقتضي الإلمام بحقيقة (د. ن. أ) وتكوينه، بقدر ما تقتضيه طبيعة هذا البحث على النحو التالي:

اكتشف العلماء في عصر النهضة العلمية الحديثة أن جسد الإنسان يتكون من مئات البلايين من الخلايا الحية التي تتنوع بتنوع وظائفها. والخلية الحية بناء في غاية الإحكام والتعقيد، وأعقد ما فيه النواة وما تحمله من شفرة وراثية تمثل العقل المفكر للخلية الحية، توجه كافة أنشطتها الحيوية، وتحمل كل الصفات الوراثية لها وللجسد الذي تنطوي فيه.

وباستثناء بعض الأنواع القليلة من الخلايا -مثل خلايا الدم الحمراء- فإنه يوجد لكل خلية جسم مركزي يسمى "نواة الخلية"، وتحتوي تلك النواة على عدد معين من الصبغيات (الكروموسومات) عددها في خلايا جسم الإنسان ستة وأربعون صبغياً مرتبة بشكل أزواج، ثلاثة وعشرين زوجا، ما عدا الخلية الجنسية فإنها تحتوي على ثلاث وعشرين صبغياً، فإذا التقى الحيوان المنوي الذكري والبويضة اكتمل العدد ٤٦، كما أسلفنا.

وقد اكتشف عالمان-هما الأمريكي جيمس واطسون، والبريطاني فرانسيس كريك-في القرن الماضي عام ١٩٥٦م أنه توجد داخل كل كروموسوم سلسلتان من الحامض النووي الريبي منقوص الأكسيجن (ديوكسي رايبو نيولك أسيد= Deoxy raibo neolic acid) الذي اشتهر بأوائل حروفه المكونة لاسمه اختصاراً بـ (D.N.A) ، وتلتف كل سلسلة منهما على الأخرى مكونتين شكلاً يشبه سلما ملتوياً سماه بعضهم الحلزون المزدوج. ويتكون جانبا السلم من السكر والفوسفات، بينما تتكون كل درجة من زوج من قواعد نيتروجينية أربع بشكل متسلسل ومتقابل ومنسجم.

وهذه القواعد النيتروجينية الأربع هي:

١- الأدينين (Adenin)، ويرمز لها بالحرف أ (A).

٢- الثيامين (Thyamin)، ويرمز لها بالحرف ث (T).

٣- السيتوسين (Cytosin)، ويرمز لها بالحرف س (C).

٤- الجوانين (Gwanin)، ويرمز لها بالحرف ج (G).

والتركيب الكيماوي لهذه القواعد الأربع يقتضي أن تتحدكل قاعدتين مع بعض: أ - ث، أو ث - أ، وج - س، أو س -ج، ومن المستحيل أن توجد توافقات غير تلك [1]. انظر مجموعة الأشكال (٢).

---

(١) انظر: الموسوعة العربية ١٠/١٤٨، ٢٧/٦٦؛ ٧٠؛ عالم الجينات ١٩؛ العلاج الجيني ٧٩، ٨١.

وكـــل ثلاث من هذه القواعد الأربع تكوِّن حامضاً أمينياً، والحوامض الأمينية هي التي يتكون منها البروتين الذي تتحد به ومنه الوظائف الحيوية.

وتـــتراص المورِّثات (الجينات) - أي الوحدات الأساسية للوراثة-التي تقدر في كـــل خلـــية بحوالي ثمانين ألفاً في المتوسط في ٤٦كروموسوماً على طول (د. ن أ) حســـب دور كـــل منها في حمل الصفات الوراثية، لكن بمتوسط تقريبي يبلغ ألفي مورث لكل صبغي.

والجـــين الواحد عبارة عن مجموعة من المركبات التي تتكون من ثلاث قواعد نيتروجينـــية، وكـــل جـــين يتكون -في المتوسط- من عشرة آلاف زوج من هذه القواعـــد بترتيـــب متكرر مرة تلو الأخرى ما بين مائة مرة إلى مليون مرة، ويكون التسلسل لهذه القواعد الأربع مختلفاً من سياق إلى آخر، ومن جين إلى آخر(١).

ويعـــتقد العـــلماء أن هذه القواعد الأربع هي التي تكتب بها لغة الحياة بشكل مشـــفر ومعقـــد، وتتكون هذه الشفرة من ستة آلاف مليون حرف -على أن كل قـــاعدة تمـــثل حـــرفاً واحداً- وكل كلمة مكونة من ثلاثة أحرف، وتسمى هذه الشفرة-اصطلاحاً-لغة الجينات(٢).

وقد لاحظ الباحثون أن قسماً كبيراً من (د. ن. أ) الموجود في كل خلية بشرية لم يعـــرف لها وظيفة معينة حتى الآن سوى مضاعفة نفسها وتكرارها، الأمر الذي أدى إلى اكتشـــاف البصمة الوراثية، كما نرى ذلك في فيما يلي إن شاء الله تعالى، لكـــن قبل أن أتحدث عن اكتشاف البصمة الوراثية أود أن أذكر تعريفها في المطلب التالي:

(١) انظر – بالإضافة إلى المراجع السابقة؛ بحث (البصمة الوراثية و مدى حجيتها في إثبات البنوة): الدكتور سعد العنـــزي ص ٢-٣.

(٢) انظر: المدخل الإسلامي للهندسة الوراثية، ص ٢٣٠؛ العلاج الجيني ص ٨٠-٨١؛ عالم الجينات ص٣٠-٣١؛ و راجـــع لمعرفة المزيد عن عالم الجينات و الشفرة الوراثية للإنسان، و تجلي قدرة الخالق الحكيم – جـــل شأنه – في كل ذلك في المحاضرة القيمة التي ألقاها بجامعة السلطان قابوس الدكتور زغلول النجار عميد معهد مارك فيلد للدراسات العليا بإنكلترا بعنوان" قضية الخلق في معيار العلم الحديث"، و المنشورة بشبكة الإنترنت، على موقع" alwatan.com".

المطلب الأول
تعريف البصمة الوراثية

أولاً: البصمة الوراثية لغة:

البصمة الوراثية مركب وصفي من كلمتين: "البصمة"، و"الوراثية".

أما "البصمة": فهي تأتي في اللغة بمعان، منها المعنى الذي أقره مجمع اللغة العربية بالقاهرة، وهو: "أثر الختم بالإصبع"[1] ثم تُوسع في هذا المعنى حتى صارت الكلمة تستعمل في الأثر المنطبع من شيء ما على شيء آخر مما يتميز به صاحبه عن غيره كما في استعمال "البصمة الوراثية"، تشبيهاً لها ببصمة الأصابع؛ لأن كلاً منهما تميز صاحبها عن غيره.

أما" الوراثية": فهي تعني ما ينتقل من الكائن الحي إلى فرعه. وعلم الوراثة هو" العلم الذي يبحث في انتقال صفات الكائن الحي من جيل إلى آخر، وتفسير الظواهر المتعلقة بهذا الانتقال"[2].

فعلى ذلك يكون المراد بالبصمة الوراثية لغةً: الأثر أو الصفة المنتقلة من الكائن الحي إلى فرعه[3].

ثانياً: البصمة الوراثية في الاصطلاح:

هي البنية الجينية التي تدل على هوية كل إنسان بعينه [4].

---

(١) المعجم الوسيط ٦٠/١.
(٢) المرجع السابق ١٠٦٥/٢ – ١٠٦٦.
(٣) انظر بحث (البصمة الوراثية في ضوء الإسلام) للدكتور عبد الستار فتح الله سعيد ص ٤.
(٤) هناك تعريفات أخرى للبصمة الوراثية لكن هذا التعريف أقره المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة عشرة.

المطلب الثاني
اكتشاف البصمة الوراثية وبيان ماهيتها

لـئن كان اختلاف لغات بني آدم وأصواهم، واختلاف صورهم وألواهم من آيات قدرة الحكيم -جلت عظمته- الظاهرة التي يشترك في إدراكها جميع العالمين، كما قال عزَّ من قائل: **﴿ومن آياته خلقُ السَّموات والأرض واختلافُ ألسنتِكُمْ وألوانِكُم إنَّ في ذلك لآياتٍ للعالمينَ﴾** [الروم: ٢٢]، فلقد اكتشف العلماء-منذ عهد قريب-آية أخرى من الآيات الدالة على كمال قدرته ﷻلا ترى بالعين المجردة إلا بعد تكبيرها آلاف المرات، تبين الاختلاف والتميُّز بين جميع البشر في أدق وأصغر أجزاء أبدانهم، مصـداقاً لقوله ﷻ: **﴿سَنُرِيهِمْ آياتِنَا في الآفاق وفي أنْفُسِهِم حتَّى يَتَبَيَّنَ لَهُم أنَّه الحقُّ أوَلَمْ يَكْفِ بِرَبِّكَ أنَّه على كلِّ شيءٍ قَدِيرٌ﴾** [فصلت: ٥٣]، وقوله ﷻ: **﴿ وفي الأرْضِ آياتٌ للمُوقِنِينَ * وفي أنْفُسِكُمْ أفَلاَ تُبْصِرُونَ﴾** [الذاريات: ٢٠-٢١] تلك هي آية البصمة الوراثية.

ولم تعـرف البصـمة الوراثية حتى عام (١٩٨٤م) حينما نشر الدكتور (آليك جـيفريز) عـالم الوراثة بجامعة (ليستر) بلندن بحثاً أوضح فيه أنه من خلال دراسته المستفيضـة عـلى الحمـض النووي لا حظ بعض التكرارات والتتابعات المنتظمة والمحـددة في الحمض النووي (د. ن أ) التي لا تعرف لها وظيفة سوى تكرار نفسها ومضـاعفتها، وواصل أبحاثه حتى توصل بعد عام واحد إلى أن هذه التتابعات عبارة عن مناطق فرط التغاير بين الجينات الموجودة على سلم (د. ن. أ)، وهي تختلف في كل فرد عن الآخر من حيث طولها وسمكها وموقعها على السلم، ولا يمكن – من

الناحـــية الطبيعية-أن تتشابه بين اثنين، ولا يمكن أن يعطى شخصان في العالم نفس صورة نمط الحامض النووي (الدنا) المتكرر إلا التوأمين المتطابقين، أي وحيدي الزيجوت[1].

ويعـــتقد الباحثون أن احتمال التشابه بين بصمتين وراثيتين لشخص وآخر هو واحـــد في التريليون، مما يجعل التشابه نادراً ؛ لأن سكان الأرض لا يتعدون المليارات الستة.

وســـجل الدكـــتور (إليك) براءة اكتشافه عام (١٩٨٥م)، وأطلق على هذه التتابعات اسم البصمة الوراثية للإنسان(The D.N.A Fingerprin) تشبيهاً لها ببصمة الأصـــابع التي يتميز بها كل شخص عن غيره، وعرفت بأنها وسيلة دقيقة من وسائل الـــتعرف عـــلى الشخص عن طريق مقارنة مقاطع الـــ (د. ن أ)، وسماها بعضهم الطـــبعة الوراثـــية (D.N.A.Typing)، أو بصمة الجينات، وأطلق عليها بعضهم اسم محقق الهوية الأخير[2].

لكـــن كيف يتم تحليل البصمة الوراثية، وما هي التقنية الفنية للحصول عليها ؟ هذا ما سنراه في المطلب التالي إن شاء الله تعالى.

---

(١) الـــتوأمان المتطابقان هما" طفلان من بويضة واحدة و حيوان منوي واحد يكونان زيجوت، و ينقسم هذا الـــزيجوت إلى خليتين، و تنفصل الخليتان و تستقلان لتعطي كل منهما طفلاً". بحث (البصمة الوراثية و مدى حجيتها في إثبات البنوة) ص ١٤.

(٢) انظر: البصمة الوراثية تكشف المستور لنهى سلامة (بحث منشور في شبكة الإنترنت، على موقع الإسلام عـــلى الإنترنـــت)، و راجع أيضاً الموسوعة العربية ٤٤٣/٤؛ عالم الجينات ٩٧؛ البصمة الوراثية و مدى حجيـــتها في إثـــبات البنوة، ص ١٥ - ١٦؛ دور البصمة الوراثية في اختبارات البنوة ٤-٥؛ الأساليب الوراثـــية لإثبات النسب: الدكتور وجدي سواحل (بحث منشور في شبكة الإنترنت، على موقع الإسلام على الإنترنت).

المطلب الثالث

التقنية الفنية للحصول على البصمة الوراثية

يعتبر الدكتور (آليك جيفريز) أول من وضع تقنية الحصول على البصمة الوراثية وتتلخص في الخطوات التالية:

١- تستخرج العينة من نسيج الجسم أو سوائله، مثل جذر الشعر، أو الدم، أو اللعاب، أو المني، أو العظام، أو السائل الأمينوسي، أو الخلية من البويضة المخصبة أو خلية من الجنين، ونحو ذلك.

ويكفي لاختبار البصمة كمية ضئيلة من العينة بقدر حجم الدبوس مثل نقطة دم صغيرة أو شعرة واحدة أو أدنى لعاب أو مني أو ريق، حتى بعد جفافها بمدة، فإن هذا كفيل بأن يجرى التحليل بشكل دقيق، وتعرف البصمة بكل وضوح وجلاء[١].

ولو كانت العينة أصغر من المطلوب فإنها تدخل اختباراً آخر يستطاع من خلاله مضاعفة كمية (د. ن أ) وتكبيرها في أي عينة بواسطة استخدام جهاز يسمى (P.C.R) [٢].

٢- تقطع العينة بواسطة إنزيم معين يمكنه قطع شريطي الـ(د. ن أ) طولياً في مواضع محددة فقط يتعرف عليها الإنزيم، كلما وجدها قطع عندها، فيفصل قواعد (الأدنين، أ) و(الجونين، ج) في ناحية، وقاعدة (الثيامين، ث) و(السيتوسين، س) في

---

(١) انظر بحث (البصمة الوراثية و تأثيرها على النسب، إثباتاً أو نفياً): الدكتور نجم عبد الواحد ص ٥؛

(٢) انظر: البصمة الوراثية تكشف المستور ص ٢-٣؛ دور البصمة الوراثية في اختبارات الأبوة، ص ١٣.

ناحـــية أخرى، ويسمى هذا الإنزيم بالآلة الجينية، أو المقص الجيني، وهو بحق وراء هذا التقدم العلمي الكبير في تقنيات الـــ (د. ن أ)[1].

٣- ترتـــب هـــذه المقـــاطع (التشـــريحات) باستخدام طريقة تسمى (التفريغ الكهـــربائي) وتتكون بذلك حارات طويلة من الجزء المنفصل عن الشريط، تتوقف طولها على عدد مكررات (د. ن أ).

٤- تعـــرض هذه المقاطع إلى فيلم الأشعة السينية (X-Ray-Film) وتطبع عليه، فـــتظهر على شكل خطوط داكنة اللون ومتوازية، وتختلف في سمكها ومسافتها من شخص لآخر. وهذه النتيجة تسهل قراءتها وحفظها وتخزينها في الكمبيوتر إلى حين الحاجة إليها للمقارنة ببصمة أخرى[2].

المطلب الرابع
كيفية المقارنة بين البصمات الوراثية

تخـــتلف كيفـــية المقارنـــة بين البصمات الوراثية تبعاً للأغراض الداعية لإجراء التحليل فإن كان الغرض منه إثبات الجريمة في المجال الجنائي ونحوه تؤخذ عينة الجاني من مسرح الجريمة أو مكان الحادث، ثم تقارن ببصمة المشتبه فيه. وإن كان الغرض منه تحديد هوية الشخص فتقارن بصمته ببصمة سابقة له، إن تيسر ذلك، أو تقارن ببصـــمة أحـــد أقاربه، فإن كان هناك تطابق بين البصمات ثبتت هوية الشخص، والعكس بالعكس.

---

(١) انظر: دور البصمة الوراثية في اختبارات الأبوة ص ١٢؛ عالم الجينات ص ٨٣؛ البصمة الوراثية و مدى حجيتها في إثبات البنوة ٨-١٢.

(٢) انظر: البصمة الوراثية تكشف المستور ص ٢-٣؛ العلاج الجيني ص ٩٥؛ الموسوعة العربية ٤ ٤٤٣.

وأما إن كان الغرض من إجراء التحليل مجال النسب، وإثبات البنوة أو الأبوة أو الأمومة، فيقارن بين بصمة الولد وبصمة أبويه-أو أحدهما- فإن كان هناك تطابق بين شق من بصمة الولد وبين شق من بصمة أحد أبويه ثبت أن الولد لهما حقيقةً، وإلا فلا ؛ ذلك لأن الإنسان يرث نصف الكروموسومات و(د. ن أ) من أبيه، ونصفها الآخر يرثها من أمه وبذلك تتكون كروموسومات خاصة به،كما أسلفنا.

ويعتقد الباحثون أنه من حيث المبدأ، فإن النمط الناتج عن أي شخص يظل كما هو دائماً ولا يتغير، ويقدر العلماء عدد النطاقات المتوازية بعشرة بلايين بليون أو (10^{19})، ولهذا يعتقد الكثير من الخبراء أنه من المستحيل -من الناحية الطبيعية -أن تكون نطاقات الحمض لدى شخص ما شبيهة بنطاقاتها لدى شخص آخر، بشرط أن تتوفر في إجراء التحليل شروط وضوابط معينة، منها الدقة والخبرة، كما سيأتي في موضعه إن شاء الله تعالى[1].

المطلب الخامس
أهم خصائص البصمة الوراثية

ومما سبق نستطيع أن نلخص أهم خصائص البصمة الوراثية وأبرز ميزاتها فيما يلي:

١- تتميز البصمة الوراثية لكل شخص عن غيره، ومن المستحيل - من الناحية الطبيعية - أن تطابق بصمة شخص بصمة شخص آخر إلا في توأمين متطابقين.

٢- يعتقد العلماء بأنها أدق وسيلة عرفت حتى الآن في تحديد هوية صاحبها، وكذا في إثبات أو نفي الأبوة أو البنوة البيولوجية، وأن نتائجها شبه قطعية ؛ إذ لا

(١) انظر المرجع السابق.

تقل نسبة صحتها في تحديد هوية صاحبها عن ٩٨ في المائة، إذا أجريت طبق معايير وضوابط معينة.

٣- يـأخذ كـل إنسان نصف (د. ن أ) — من أبيه، ونصفه من أمه، وبذلك يتكون (د، ن أ) الخاص به، نصفه يشبه أباه، والنصف الآخر يشبه أمه.

٤- يمكـن التعرف على صاحبها حتى بعد وفاته بعدة سنوات، بواسطة تحليل شيء من هيكله.

٥- يكفي لمعرفة البصمة الوراثية تحليل عينة ضئيلة من أعضاء الجسم، أو سوائله حتى بعد جفافها، ولا تختلف باختلاف أنواع العينات من مواد الجسم، بل البصمة الموجودة في أي جزء تطابق البصمة الموجودة في جزء آخر.

٦- يقـاوم (د. ن أ) أسـوأ الظروف والتلوثات البيئية، ولا تفقد ماهيتها ولا تتغير.

٧- يمكن الاحتفاظ بها في الكمبيوتر، أو على الأفلام إلى أمد غير محدد.

٨- أن قـراءة البصمة الوراثية، والمقارنة بين بصمتين وراثيتين سهلة وميسرة، ولا تحتاج -عادة - إلى كبير الدراية ودقة التأمل.

هذه أهم وأبرز خصائص البصمة الوراثية، والتي تهمنا في بحثنا هذا.

فإذا كانت البصمة الوراثية تتحلى بكل هذه الخصائص والمواصفات، فهل يمكن الاعـتماد عليها في إثبات الأحكام الشرعية، مثل إثبات النسب، أو الطب الشرعي (المجـال الجنائي، ومجال تحديد هوية الشخص) ؟ هذا ما سنراه فيما يلي، إن شاء الله تعالى.

المبحث الثاني
الاعتماد على البصمة الوراثية في الطب الشرعي
(المجال الجنائي، ومجال تحديد الهوية)

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حكم الاعتماد على البصمة الوراثية في المجال الجنائي.

المطلب الثاني: حكم الاستفادة من البصمة الوراثية في مجال تحديد الهوية.

مدخل إلى المبحث:

من أهم المجالات التي يستفاد فيها من البصمة الوراثية الطب الشرعي الذي يعد إثبات الجرائم وتحقيق الشخصية وإثبات الهوية من أهم فروعه، وقد تعددت وسائله في ذلك وتقدمت بتقدم العلم.

ولقد كان اكتشاف البصمة الوراثية من أهم أسباب التقدم في هذا العلم لتوفر هذه البصمة على الخصائص الأساسية المطلوبة، ولوجودها في جميع خلايا الجسم، حيث أصبحت كل خلية في الجسم تدل على صاحبها، لذا فقد عد علماء الطب الشرعي البصمة الوراثية وسيلة متفردة للتمييز بين الأشخاص بدقة متناهية، ونسبة تمييز عالية للغاية، تفوق المعلمات الوراثية الأخرى المستخدمة في الاستدلال الجنائي، مثل: فصائل الدم، وأنواع البروتينات في مصل الدم، ومضادات خلايا الدم البيضاء - وإن أجريت مجتمعة- وذلك بسبب نتائجها الدقيقة التي لا يرقى إليها الشك عادة، إذا ما أجري التحليل وفق شروط وضوابط معينة [1].

(١) انظر: الحمض النووي وسيلة دقيقة لتمييز الأفراد: الدكتور أحمد سامح، ص ١، بحث منشور في شبكة الإنترنت، على موقع alraialaam.com؛ و العلاج الجيني ص ٩١ فما بعدها.

وتـــتعدد مجـــالات الاستفادة من البصمة الوراثية في الطب الشرعي إلى ثلاث مجـــالات الرئيســـية، هي: المجال الجنائي، ومجال تحديد هويات الأشخاص، ومجال النسب.

وسألقي الضوء على حكم الاعتماد عليها في المجال الجنائي، ومجال تحديد هوية الشـــخص أولاً، ثم أفرد فصلاً مستقلاً لبيان الاستفادة منها في مجال النسب؛ لكونه يشكل الموضوع الرئيسي لهذا البحث.

المطلب الأول
حكم الاعتماد على البصمة الوراثية في المجال الجنائي

لا شـــك أن الطب الشرعي له أهمية كبرى في المجال الجنائي في هذا العصر ؛ إذ يعد تقرير الطبيب الشرعي – في بعض القضايا الجنائية– هو الفيصل في إدانة المتهم أو تـــبرئته. ولقـــد أثبت البصمة الوراثية جدواها في ميدان الطب الشرعي –رغم حداثـــته– بفضل خصائصها المتميزة [(١)]، وقد سلم معظم المحاكم في مختلف البلدان بقـــيمة البصمة الوراثية، واعتمدوا على نتائجها في المجال الجنائي، ولم يقتصر الأمر عـــلى محـــاكم الدول الغربية وغيرها من الدول المتقدمة، بل تعدى ذلك إلى بعض الدول الإسلامية أيضاً، وأخيراً أجاز الأخذ بها فقهاء الأمة المتمثلين في المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي وأصدروا بهذا الشأن القرار التالي:

" **القرار السابع: بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها :**

---

(١) إن أشـــهر القضـــايا الجنائـــية التي ثبت فيها جدوى البصمة الوراثية و انتبه الناس إلى أهميتها، هي قضية الفضيحة الجنسية للرئيس الأمريكي السابق بيل كلينتون؛ فقد ظل يكذب و يراوغ و لا يعترف بالحقيقة لعدة أشهر، حتى قورنت بصمته الوراثية بالبصمة الوراثية للعينة الموجودة على فستان من اتهم بها، و وجد تماثل بين البصمتين، فلم يجد بداً من الاعتراف بالحقيقة و الاعتذار للشعب الأمريكي، و ذلك عام ١٩٩٨ م. انظر: العلاج الجيني ٩٧-٩٩.

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، أما بعد:

فـإن المجلس الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة، في المدة من ٢١ – ٢٦ / ١٠ / ١٤٢٢... قرر ما يأتي:

أولاً: لا مـانع شـرعاً مـن الاعتماد على البصمة الوراثية في التحقيق الجنائي واعتـبارها وسـيلة إثـبات في الجرائم التي ليس فيها حد شرعي ولا قصاص لخبر (ادرؤوا الحدود بالشبهات)، وذلك يحقق العدالة والأمن للمجتمع، ويؤدي إلى نيل المجرم عقابه وتبرئة المتهم، وهذا مقصد مهم من مقاصد الشريعة" اهـ.

ومن مسوغات الاعتماد على نتائج البصمة الوراثية هي:

١- إن العمـل بالبصمة الوراثية في المجال الجنائي هو من باب العمل بالقرائن، ومـن المعلوم أن الشريعة الإسلامية قد أجازت العمل بالقرائن-في الجملة-كوسيلة من وسائل الإثبات،" والشارع لم يلغ القرائن والأمارات ودلالات الأحوال، بل من اسـتقرأ الشـرع في مصـادره ومـوارده وجده شاهداً لها بالاعتبار، مرتباً عليها الأحكام"[(١)].

وقـد ألّـف الإمـام ابن قيم الجوزية -رحمه الله تعالى- كتابه النفيس" الطرق الحكمـية في السياسـة الشـرعية" في جواز الاستدلال بالقرائن والأمارات وعدم الوقوف مع مجرد ظواهر البينات[(٢)].

وقـد قسم إمام الحرمين، أبو المعالي الجويني[(٣)] -رحمه الله تعالى- مراتب العلوم

(١) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص ١٦.
(٢) انظر المرجع السابق، ص ١.
(٣) هـو عبد الملك بن عبد الله بن يوسف، إمام الحرمين، أبو المعالي الجويني، الإمام الكبير، شيخ الشافعية في زمانه له مصنفات كثيرة، منها:"البرهان في أصول الفقه"، و" الإرشاد في أصول الدين"، و"كتاب الرسالة النظامية"، و"غياث الأمم" و غيرها، توفي سنة ٤٧٨، رحمه الله تعالى.

إلى عشر مراتب، وجعل"المرتبة السادسة في العلوم المستندة إلى قرائن الأحوال"(١).

٢- ان الأخذ بتحليل البصمة الوراثية يوافق قواعد الشريعة ومقاصدها ؛ ذلك لأنه وسيلة قوية لإثبات الحقيقة وتحقيق هوية المجرمين، فهو بالتالي يساعد على حفظ الضـــروريات الخمس، وعلى حفظ الأمن والاستقرار للأفراد والمجتمعات، لا يخالف أصـــلاً مـــن أصول الشرع المقررة، لذلك جاز العمل بها كأي وسيلة أخرى تجلب المصلحة وتدرأ المفسدة(٢).

٣- إن الأمة قد أقرت العمل باختبار بصمة الإصبع وغيرها من وسائل الإثبات الحديثة، و لم أعلم من أنكر ذلك من أهل العلم، فكذلك جاز العمل باختبار البصمة الوراثـــية بجامع أن كليهما يعتمد على اعتبار الفروق بين الأشخاص وانعدام التشابه بينهم في هذين الجزأين من أبدانهم.

هـــذا، و لم أرّ مـــن صـــرح من العلماء بجواز الاعتماد على البصمة الوراثية في الحدود والقصاص ؛ لأن العلماء قد" أجمعوا على أن درء الحد بالشبهات" (٣) ، ولا سبيل إلى إثباتها إلا بالشهادة أو الإقرار.

قالوا: إن مجرد وجود عينة شخص معين في مكان الجريمة لا يلزم منه أن يكون هـــو الفاعل لها على وجه يوجب العقاب(٤)، بل لا بد من البحث عن وجود أدلة

لـــه ترجمة في: الأنساب ٣/٣٨٦ – ٣٨٧؛ و طبقات الشافعية الكبرى ٥/١٦٥ فما بعدها؛ و سير أعلام النبلاء ١٨/٤٦٨ فما بعدها.

(١) البرهان في أصول الفقه ١/١٠٨.

(٢) انظـــر: بحـــث (البصمة الوراثية و مدى مشروعية استخدامها في النسب و الجناية) للدكتور عمر السبيل رحمه الله ص ٤٨.

(٣) الإجمـــاع لابن المنذر، ص ١١٣؛ و راجع أيضاً الأشباه و النظائر للسيوطي ص ١٢٢، و انظر الأحاديث الواردة بهذا الشأن في الموضع نفسه.

(٤) انظـــر: بحث (البصمة الوراثية و مجالات الاستفادة منها): الدكتور الزحيلي، ص ١٩؛ و بحث (البصمة الوراثية و مجالات الاستفادة منها): الدكتور نصر فريد واصل، ص ٤٤.

وقرائن أخرى أيضاً.

يُضاف إلى ذلك أن نتائج تحليل البصمة الوراثية مهما بلغت من الدقة فإنها قد يعتريها خلل من الناحية الفنية، وبخاصة في الوقت الراهن حيث لا يزال تحليل البصمة الوراثية في طور التجربة والاختبار، وكما يقول أحد الأطباء:" ومعظم العقلاء من العلماء يعتقدون أنه مادام هناك تدخل من البشر، فاحتمال الخطأ وارد، إما من خلال تلوث العينة المستخدمة، أو وجود عيب في التكنيك، أو الإحصاء، أو غير ذلك"(١)، وهاتان الشبهتان كل واحدة منهما كافية في درء الحد عن المتهم(٢).

لكن لو استعرضنا كتاب الجنايات والحدود في الفقه الإسلامي لوجدنا أن هناك بعض قضايا لم يتقيد فيها الفقهاء بإثبات الحدود بالشهادة أو الإقرار، بل أثبتوها بالقرائن والأمارات، منها:

١- أن عمر بن الخطاب ﷺ جلد من وجدت من فمه رائحة الخمر بمحضر من الصحابة، وكذلك جلد في رائحة الخمر كل من ابن مسعود، وميمونة أم المؤمنين، وابن الزبير ﷺ(٣)، وهو مذهب الإمام مالك رحمه الله(٤)، وذلك ضرب

---

(١) العلاج الجيني ص ١٠٠.

(٢) انظر البصمة الوراثية و مجالات الاستفادة منها، ص ١٧-١٨.

(٣) أثر عمر بن الخطاب-ﷺ-رواه عنه تعليقاً البخاري في صحيحه، ٧٤-كتاب الأشربة، ١٠-باب الباذق. و وصله مالك في الموطأ، ٤٢-كتاب الأشربة، ١-باب الحد في الخمر، الحديث (١)؛ و عبد الرزاق في المصنف ٢٢٨/٩، و إسناده صحيح.
و أثر ابن مسعود – ﷺ– رواه البخاري في: ٦٩ – فضائل القرآن، ٨ – باب القراء من أصحاب النبي ﷺ، الحديث (٤٧١٥).
و مسلم في: ٦ – صلاة المسافرين و قصرها، ٤٠-باب فضل استماع القرآن، الحديث (٨٠١).
و أثر ميمونة – رضي الله عنها – رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ٣٨/١٠؛ و ابن عبد البر في الاستذكار ٢٦٢/٢٤، و إسناده حسن.
و أما أثر عبد الله بن الزبير ﷺ فقد رواه عبد الرزاق في مصنفه ٢٢٩/٩؛ و كذا ابن أبي شيبة في مصنفه ١٣٨/١٠، و رجاله ثقات إلا أن فيهم ابن جريج، و هو مدلس و لم يصرح بالسماع، و الله أعلم.

(٤) انظر الاستذكار ٢٥٨/٢٤ – ٢٦٢.

عثمان بن عفان ﷺ الذي تقيأ الخمر بمحضرمن الصحابة [(١)].

٢- وقال عمر بن الخطاب ﷺ:" الرجم في كتاب الله حق على من زنا إذا أحصن من الرجال والنساء، إذا قامت البينة، أو كان الحبل، أو الاعتراف"[(٢)]، وبهذا قال الإمام مالك -رحمه الله تعالى-: إن ظهرت الحمل بالمرأة غير ذات الزوج أو السيد فإنها تُحَدّْ، وهي أيضاً رواية عن الإمام أحمد[(٣)].

٣- وقال الإمام ابن القيم -رحمه الله تعالى-:" ولم يزل الأئمة والخلفاء يحكمون بالقطع إذا وجد المال المسروق مع المتهم، وهذه القرينة أقوى من البينة والإقرار؛ فإنهما خبران يتطرق إليها الصدق والكذب، ووجود المال معه نص صريح لا يتطرق إليه شبهة"[(٤)].

وقال أحمد الدردير[(٥)] من فقهاء المالكية: وإن" أخرج النصاب من حرزه بمرار في ليلة حيث تعدد قصده، فإن قصد أخذَه فأخرجه في مرار قطع، ويعلم ذلك من إقراره، أو من قرائن الأحوال"[(٦)].

٤- و اعتبر الحنفية القرينة القطعية وحدها بينة نهائية كافية للقضاء بها، كما لو خرج شخص من دار مدهوشاً ملطخاً بدم، ومعه سكين ملوثة بدم، ووجد بداخل

---

(١) رواه مسلم في صحيحه: ٢٦- كتاب الحدود، ٨- باب حد الخمر، الحديث (١٧٠٧).

(٢) رواه البخاري في صحيحه: ٩٠-كتاب المحاربين، ١٥- باب الاعتراف بالزنا، الحديث (٦٤٤١). مسلم في ٢٩- كتاب الحدود، ٤- باب رجم الثيب في الزنى، الحديث (١٦٩١).

(٣) انظر: قوانين الأحكام الفقهية، ص ٢٣٣؛ الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ١٩٩/١٠.

(٤) الطرق الحكمية، ص ٨.

(٥) هو أحمد بن محمد بن أحمد العدوي، أبو البركات، الشهير بالدردير. من فقهاء المالكية، من مؤلفاته: "الشرح الكبير"، و"منح القدير" -وكلاهما في الفقه- و تحفة الإخوان بعلم البيان"، توفي سنة ١٢٠١، رحمه الله تعالى.
له ترجمة في: عجائب الآثار في التراجم و الأخبار ٣٢/٢؛ و الأعلام ٢٤٤/١.

(٦) الشرح الكبير ٣٣٥/٤.

الدار، في الوقت نفسه، جثة مضرجة بدمائها، فيعتبر هو القاتل[1].

ومـــن العلماء الذين توسعوا في دلائل إثبات الجرائم حتى في الحدود الإمام ابن القـــيم الـــذي قال:" وبالجملة فالبينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره، ومن خصها بالشـــاهدين أو الأربعـــة، أو الشاهد لم يوف مسماها حقه. و لم تأت البينة قط في القـــرآن مـــراداً بهـــا الشاهدان، وإنما أتت مراداً بها الحجة والدليل والبرهان مفردة ومجموعة"[2].

فإذا كان هناك أمثلة في الفقه الإسلامي أثبت فيها الفقهاء الحدود بالقرائن، و لم يتقـــيدوا بشـــهادة الشهود أو الإقرار، فهل يصح قياس اختبار البصمة الوراثية على هذه الأمثلة واعتبارها قرينة شبه قطعية لإثبات الجرائم التي فيها الحدود؟

لم أرَّ مـــن صرح من الفقهاء المعاصرين بذلك؛ لما تقدم من الشبهات المحتملة في اختـــبار البصمة الوراثية، ولكنه يمكن أن يولد قناعة لدى القاضي بأن يعاقب الجاني بالتعزير – لأن التعزير يثبت بأدنى مما تثبت به الحدود- أو يبحث عن قرائن أخرى تجعل المتهم يعترف بالحقيقة، والله تعالى أعلم بالصواب[3].

(١) انظر مجلة الأحكام، ص ١٥٣؛ و راجع أيضاً الفقه الإسلامي و أدلته ٣٩٢/٦.
(٢) الطرق الحكمية ١٦/١، و انظر أيضاً ص ٣٤.
(٣) انظر: بحث الدكتور وهبة الزحيلي (البصمة الوراثية و مجالات الاستفادة منها) ص ١٧؛ و بحث الدكتور نصر فريد واصل (البصمة الوراثية و مجالات الاستفادة منها) ص ٤٥ – ٤٦؛ و بحث (البصمة الوراثية و مدى مشروعيتها في النسب و الجناية)، ص ٥٤ – ٥٥.

المطلب الثاني
الاستفادة من البصمة الوراثية في مجال تحديد هوية الشخص

أولاً: حالات الاستفادة من البصمة الوراثية في مجال تحديد الهوية:

لا يخفى أن إثبات الهوية وتحقيق الشخصية من أهم فروع الطب الشرعي. ولئن كانت اختبارات الطب الشرعي تتفاوت في جدواها ونسبة نجاحها، فلا شك أن أنجح هذه الاختبارات وأدقها هو اختبار البصمة الوراثية.

وهناك حالات كثيرة وصور متعددة يمكن أن يستفاد فيها من البصمة الوراثية في تحديد هويات الأشخاص، أذكر منها على سبيل المثال ما يلي:

١- الاستفادة منها في تحديد هويات الموتى بأعيانهم في حالات الكوارث الجماعية، مثل حوادث الطائرات، والحروب، والانفجارات والزلازل، والحرائق، حيث يمكن التعرف على الجثث والأشلاء بشكل دقيق(١).

٢- الاستفادة منها في حالات تحديد هويات الأسرى والمفقودين الذين طال عهدهم، وربما تغيرت ملامح وجوههم، فأراد ذووهم التثبت من هوياتهم وإزالة شكوكهم.

٣- الاستفادة منها في تحديد هويات الأطفال التائهين أو المخطوفين، أو هويات فاقدي الذاكرة، أو المجانين وإعادتهم إلى ذويهم.

ولا شك أن التأكد من حياة شخص أو من وفاته يترتب عليه كثير من الأحكام الشرعية، مثل حالة النكاح، والعدة، والميراث، والمعاملات المالية، ونحو ذلك.

---

(١) من ذلك ما حصل مؤخراً من إعادة أشلاء ٣٣ من ضحايا الطائرة المصرية التي سقطت في أمريكا في ٣١ أكتوبر من عام ٢٠٠١ م، بعد أن تم تحديدهم و التعرف عليهم بمكتب صحة رود آيلاند الأمريكي، عن طريق البصمة الوراثية.

٤-حـــالات المشاكل المتعلقة بالجنسية، خصوصا في القضية المعروفة بـــ" غير محددي الجنسية" (البدون)، وكذا التعرف على منتحلي شخصيات الآخرين.

٥-حـــالات اشـــتباه المواليد في أطفال الأنابيب، وكذلك اختلاط المواليد في المستشفيات، وما إلى ذلك من الحالات التي تستدعي إثبات هوية الشخص.

ثانياً : حكم الاعتماد على البصمة الوراثية في تحديد الهوية :

لم أرَّ في شيء من البحوث والآراء الفقهية التي كُتبت في هذا الموضوع من قال بالمنع من الإفادة بالبصمة الوراثية في مجال تحديد هوية الشخص، وإذا نظرنا في الفقه الإسلامي في هذا المسار فإننا نجده يمدنا في وسائل تحديد الشخصية ثلاثة محددات:

١- العلامات المميزة والفارقة :

فالعلامـــات المميزة في جسم الإنسان والتي يعرفها الناس أو خاصة الشخص إذا بقيـــت ولم تزل بسبب الحادث فإنها تكون دليلا على هوية الإنسان، ويشهد لذلك قصـــة أنـــس بن النضر(١) رضي الله عنه حيث استشهد يوم أحد، ووجدوا فيه بضعا وثمانين ضـــربة بسيف أو طعنة برمح أو رمية بسهم، ومثّل به المشركون، فما تعرف على جسده أحد من الصحابة إلا أخته -رضي الله عنها- عرفته ببنانه(٢).

٢- الشبه الظاهري في الصورة واللون :

حيث راعت الشريعة الشبه في الشكل في الأحكام، واعتبرته مناطاً شرعياً يدل عـــلى ذلك ما جاء في حديث أم سليم-رضي الله عنها- التي قالت:"يا رسول الله،

---

(١) هـــو الصحابي الجليل أنس بن النضر بن ضمضم الأنصاري الخزرجي، عم أنس بن مالك – رضي الله عنه– خادم رســـول الله ﷺ، غـــاب عـــن بدر، وحضر أحدا، وقتل فيها شهيداً، قيل: و فيه نزل قوله تعالى: ﴿ **من المؤمنين رجال صدقوا ما عاهدوا الله عليه** ﴾.
انظر ترجمته في: الاستيعاب ١/ ٤٣؛ الإصابة ٧٤/١.

(٢) أخرجه البخاري في: ٦٠ – كتاب الجهاد و السير، ١٢ – باب قوله تعالى: ﴿ **من المؤمنين رجـال صدقوا ما عاهدوا الله عليه** ﴾ الحديث (٢٦٥١).
و مسلم في: ٣٣ – كتاب الإمارة، ٤١ – باب ثبوت الجنة للشهيد، الحديث (١٩٠٣).

وتحتلم المرأة ؟ قال: تربت يمينك فبم يشبهها ولدها ؟ !"[1]، قال الإمام الشوكاني[2] -رحمه الله تعالى-:"إن إخباره ﷺ بذلك (بيان سبب الشبه) يستلزم أنه مناط شرعي، وإلا لما كان للإخبار فائدة يعتد بها" اهـ[3].

وقد اعتبر الشرع الشبه قرينة مثبتة للشخص ومحدداً لهويته، إن لم يعارضها ما هو أقوى منها. ومن أمثلة ذلك ما ورد في قصة اختصام سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة رضي الله عنه[4]، فيما روته عائشة -رضي الله عنها- قالت:" كان عتبة[5] عهد إلى أخيه سعد أن ابن وليدة زمعة مني فاقبضه إليك، فلما كان عام الفتح أخذه سعد، فقال: ابن أخي، عهد إليّ فيه. فقام عبد بن زمعة، فقال: أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه، فتساوقا إلى النبي ﷺ، فقال سعد: يا رسول الله! ابن أخي قد كان عهد إليّ فيه. فقال عبد بن زمعة: أخي وابن وليدة أبي، ولد على فراشه، فقال النبي ﷺ: هو لك يا عبد بن زمعة ؛ الولد للفراش وللعاهر الحجر، ثم قال لسودة بنت زمعة: احتجبي منه -لما رأى من شبهه بعتبة- فما رآها حتى لقي الله"[6]. ووجه الشاهد من الحديث قوله ﷺ لسودة:"احتجبي منه، لما رأى من شبهه بعتبة" ؛ ففيه مراعاة

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه: ٣ – كتاب العلم، ٥٠ – باب الحياء في العلم، الحديث (١٣٠).
و مسلم في: ٣ – كتاب الحيض، ٧ – باب وجوب الغسل على المرأة بخروج المني منها، الحديث (٣٣١)

(٢) هو محمد بن علي الشوكاني الصنعاني، الفقيه المجتهد، من كبار علماء اليمن، له ١١٤ مؤلفاً في فنون مختلفة، منها:" فتح القدير بين فني الرواية و الدراية من علم التفسير"، و"نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار"، و" إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول"، مات سنة ١٢٥٠، رحمه الله تعالى.
له ترجمة في: أبجد العلوم ٢٠١/٣؛ و الأعلام ٢٩٨/٦.

(٣) نيل الأوطار ٨٢/٧؛ و نحو ذلك قال قبله الإمام ابن القيم في الطرق الحكمية ٣١٩-٣٢٠.

(٤) هو الصحابي عبد بن زمعة بن قيس القرشي العامري المكي، أمه عاتكة بنت الأحنف، و هو أخو سودة أم المؤمنين لأبيها – رضي الله عنه –و كان شريفاً، و من سادات الصحابة.
انظر ترجمته في: الاستيعاب ٤٤٢/٢؛ أسد الغابة ٥١٥/٣؛ الإصابة ١٩٣/٤.

(٥) هو عتبة بن أبي وقاص الزهري القرشي، أخو سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه، تفرد ابن مندة بذكره في الصحابة، و قال آخرون: إنه مات مشركاً.
انظر: أسد الغابة ٢٩٠/٤؛ الإصابة ١٦٣/٥.

(٦) الحديث متفق عليه، أخرجه البخاري في: ٨٥ – كتاب الفرائض، ١٨ –باب الولد للفراش حرة كانت أو أمة، الحديث (٦٣٦٨).
و مسلم في: ١٧ – كتاب الرضاع، ١٠ – باب الولد للفراش، و توقي الشبهات، الحديث (١٤٥٧).

من الحديث قوله ﷺ لسودة:"احتجبي منه، لما رأى من شبهه بعتبة" ؛ ففيه مراعاة للشبه الموجود بين الغلام وبين عتبة أخي سعد بن أبي وقاص، لكنه ﷺ لم يحكم بالغلام له لأنه عارضه الفراش، وهو أقوى من مجرد الشبه[1].

ومن ذلك أيضاً قوله ﷺ في قصة المتلاعنَين:" أبصروا بها، فإن جاءت به أكحل العينين، سابغ الإليتين[2]، خَدَلَّج الساقين[3] فهوَ لشريك بن سمحاء (الذي رُمِيَت به) فجاءت به كذلك، فقال النبي ﷺ: لولا ما مضى من كتاب الله لكانَ لي ولها شأن" [4] ففي هذا الحديث اعتبار ظاهر للشبه، وإنما منع إعمال الشبه في إلحاق النسب بمشبَّهه لوجود مانع اللعان؛ فاللعان سبب أقوى من الشبه قاطع النسب[5]، والله تعالى أعلم.

٣- القيافة:

فمن المعلوم أن القافة لا تكون بالشبه الخارجي للوجه فحسب؛ لأن هذا يشترك فيه عموم الناس، وإنما تكون القافة بمعرفة التشابه بين الأعضاء، لذا جاء في حديث عائشة -رضي الله عنها- قالت:" دخل عليّ رسول الله ﷺ ذات يوم وهو مسرور فقال: يا عائشة! ألم تري مجززً المدلجي [6] دخل عليَّ فرأى أسامة وزيداً، وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما، فقال: إن هذه الأقدام بعضها

---

(١) انظر: الطرق الحكمية، ص ٣٢٠.
(٢) سابغ الإليتين: أي تامَّهما و عظيمهما. النهاية في غريب الحديث و الأثر ٢/٣٣٨.
(٣) خَدَلَّج الساقين: أي عظيمهما. المرجع السابق ٢/١٥.
(٤) رواه البخاري في: ٧٨ – كتاب التفسير، ٢٤١ – باب **﴿ ويَدْرَأُ عنها العذابَ أنْ تَشْهَد أَرْبَعَ شهاداتٍ بالله إنَّه لمِنَ الكاذِبِينَ ﴾**، الحديث (٤٤٧٠).

(٥) انظر الطرق الحكمية، ص ٣٢٠.
(٦) هو مجزِّز بن الأعور بن جعدة المدلجي، القائف، صحابي، قيل لم يكن اسمه المجزِّز، و إنما قيل له المجزِّز لأنه كلما أسر أسيراً جزَّ ناصيته، و ذُكِر في من شهد فتح. انظر: أسد الغابة ٣/٤٦٧؛ و الإصابة ٦/٤٥.

مـــن بعض [1]"، فقد عرف هذا القائف الصلة بين الأقدام دون أن يرى وجهيهما، وأقره الرسول ﷺ، و لم يُنكر عليه.

فـــيمكن عن طريق القافة إثبات النسب، عند ما يكتنف ثبوته شبهة أو تردد، نظراً لاختلاف ملامح الجسم بين الأب والابن، أو لغير ذلك من الأسباب.

ومن خلال ما تقدم شرحه عن البصمة الوراثية وحقيقتها وكيفية عملها يظهر أهـــا -والله أعلم- أدق بمراحل كثيرة في تحديد شخصية الإنسان وهويته من الأمور الـــثلاثة، فبالتالي إنه لا مانع شرعا من الأخذ بها، لاسيما وأن قواعد الشرع وأصوله والقياس الصحيح تقتضي إعمال أقوى الأدلة للوصول إلى المطلوب، ومن المعلوم أنه لم تكن في عصرهم ﷺ أدلة أقوى مما ذكرنا، ومع تقدم العلم وتطوره، فإن الشريعة تقـــبل منه كل ما يتماشى مع مقاصدها وتحقق مصلحة العباد، وأحسب أن تطبيق البصمة الوراثية في هذا المجال من نفس الباب، والله تعالى أعلم.

(١) الحديث متفق عليه: أخرجه البخاري في: ٨٥-كتاب الفرائض، ٣٠_ باب القائف، الحديث (٦٣٨٨). و مسلم في: ١٧-كتاب الرضاع، ١١-باب العمل بإلحاق القائف الولد، الحديث (١٤٥٩).

الفصل الثاني
النسب وحكم الاعتماد على البصمة الوراثية في إثباته أو نفيه شرعاً

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: طرق ثبوت النسب أو نفيه شرعاً، وفيه مطلبان

المبحث الثاني: إثبات النسب أو نفيه بالبصمة الوراثية شرعاً، وفيه ثمانية مطالب.

المبحث الأول
طرق ثبوت النسب أو نفيه شرعاً

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الطرق الشرعية لثبوت النسب

المطلب الثاني: طريق نفي النسب شرعاً (اللعان)

تمهيد: عناية الإسلام بالنسب:

لقد عنيت الشريعة الإسلامية بحفظ الأنساب وصيانتها من الفساد والاضطراب عـناية فائقة؛ لأن ضياع الأنساب واختلاطها يؤدي إلى مفاسد أخلاقية واجتماعية جمة، فهو يحدث تفككاً في الأسرة، وخللاً في المجتمع، وانحلالاً في الأخلاق، ويشيع الفوضى في العلاقات المالية والاقتصادية، لهذا فقد حرص الإسلام على المحافظة على الأنساب وشرع كل ما يؤدي إلى صيانتها والمحافظة عليها، كما حرم كل ما يؤدي إلى اختلاط الأنساب وضياعها.

وقـــد جعل الله سبحانه وتعالى رابطة النسب نعمة من النعم التي امتن بها على عـــباده، وآية من الآيات الدالة على عظيم قدرته وجليل علمه وحكمته، كما قال تعالى: ﴿**وهُوَ الذي خَلَقَ مِنَ المَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وصِهْرًا وكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا**﴾ [الفرقان: ٥٤]، وقـــال ﷻ: ﴿**والله جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وحَفَدَةً ورَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وبِنِعْمَةِ الله هُمْ يَكْفُرُونَ**﴾ [النحل: ٧٢].

وقـــد عـــدَّ عـــلماء الشريعة حفظ النسب أحد المقاصد الكبرى والضروريات الخمس التي جاءت الشريعة بالحفاظ عليها، وهي: " حفظ الدين، والنفس، والعقل، والنسب (النسل)، والمال"[١].

ونظراً لأن ثبوت النسب يترتب عليه أحكام شرعية كثيرة، مثل أحكام الإرث، وحـــرمة الـــزواج من الأقارب، وثبوت الولاية على الصغير، وولاية النكاح، ونحو ذلـــك[٢]، لـــذا فقد اهتمت الشريعة بأسباب النسب وأحكام ثبوته وكيفية انتفائه، وربطته بسياج منيع محكم في جملة الأحكام التي تمنع الدخول فيه أو الخروج منه بغير سبب شرعي، لما يترتب على ذلك من الآثار الاجتماعية السيئة.

فحـــرّم الإسلام التبني وأبطله، بعد أن كان معتبرا في الجاهلية وصدر الإسلام، قـــال تعالى: ﴿ **ومَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ والله يَقُولُ الحَقَّ وهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ * ادْعُوهُمْ لآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ الله فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ في الدِّينِ ومَوَالِيكُمْ** ﴾ [الأحـــزاب: ١- ٢]، وذلـــك لأن المتبنى غريب عن العائلة بعيد عن نسبها، فلا يحل أن يطلع على محارمها أو يشاركها حقوقها وواجباتها.

وكذلك شرع اللعان لنفي ولد لا يعترف به من وُلِد على فراشه.

---

(١) انظر: الإحكام في أصول الأحكام ٣/٣٠٠؛ الموافقات ٢/١٠.

(٢) ذكر الإمام السيوطي اثني عشر حكما يترتب على النسب، في كتابه الأشباه و النظائر، ص ٢٦٧.

كما حرّم على الآباء إنكار نسب أولادهم، وحرّم على الأمهات نسبة ولد إلى غـــير أبيه الحقيقي، قال ﷺ:" أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء، ولن يدخلها الجنة، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه يوم القيامة، وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين"[1].

وكـــذا حرّم على الأبناء انتسابهم إلى غير آبائهم، فقال ﷺ:"من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام"[2].

وعن أنس ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ:"من ادعى إلى غير أبيه أو انتمى إلى غير مواليه فعليه لعنة الله المتتابعة إلى يوم القيامة"[3].

وأبطلـــت الشـــريعة كل ما لا يتفق وأحكامها من عادات الجاهلية، وخلصت النســـب من ذلك حتى أصبحت أحكامه في غاية الترابط والتكامل والانسجام مع مقاصد الشرع الأساسية.

(١) رواه أبو داود في: ٧-كتاب الطلاق، ٢٩-باب التغليظ في الانتفاء، الحديث (٢٢٦٣).
و النسائي في: ٢٧-كتاب الطلاق، ٤٧-باب التغليظ في الانتفاء من الولد، الحديث (٣٤٨١).
(٢) أخرجه البخاري في:٦٧-كتاب المغازي، ٥٣-باب غزوة الطائف في شوال سنة ثمان، الحديث (٤٠٧١).
و مسلم في: ١ – كتاب الإيمان، ٢٧-باب بيان حال من رغب عن أبيه وهو يعلم، الحديث (١١٥).
(٣) رواه أبو داود في: ٣٦-كتاب الأدب، ١١٩-باب في الرجل ينتمي إلى غير مواليه، الحديث (٥١١٥)

المطلب الأول
الطرق الشرعية لثبوت النسب

المدخل الرئيسي لطرق ثبوت النسب:

تعدّ الولادة هي المدخل الأساسي لموضوع النسب، فبعدها تظهر جهتا النسب الرئيسيتان: ١-جهة الأمومة. ٢-جهة الأبوة.

أما الجهة الأولى:

فبمجرد أن تلد المرأة ولدها فإنها تثبت أمومتها له، ويثبت للمولود-تبعا لذلك- أصول وفروع النسب من جهة الأم، فأولادها إخوته وأخواته، وأبواها جده وجدته وأولادهما أخواله، وهكذا يسري النسب من هؤلاء إلى أولادهم.

وهذه الجهة واضحة لا تكاد تخفى؛ لأن الولادة أمر مشاهد معلوم، ولا يقع فيه إشكال ولا نزاع عادة، إلا ما يحصل نادراً من حالات الاشتباه في المواليد.

أما الجهة الثانيـــة:

فإنـــه يثبت للمولود أيضا بمجرد الولادة الأبوة وفروعها، فزوج المرأة هو أبوه، ويسري النسب من جهة الأب إلى قراباته، فأولاده هم إخوة المولود وأخواته، وأبوا الأب جده وجدته، وأولادهما عمومته، وهكذا يسري نسب هؤلاء إلى أولادهم.

وهذه الجهة من النسب (الأبوة) هي الجهة المهمة والتي بالانتساب إليها يتحقق النســب الفعـــلي الـــذي ترتـــبط به منظومة الأحكام الشرعية المتعلقة بالنسب في المحرمات، وفي النكاح، وفي النفقات، وفي الولاية الشرعيـــة، والإرث، والجنايات،

والعقـــل، ونحو ذلك، وإن كانت جهة الأمومة ترتبط بها بعض من هذه الأحكام، إلا أن معظـــم الأحكـــام على النسب من جهة الأبوة، فلهذه الأهمية فإن الشريعة الإسلامية قد أولت مثبتات الأبوة عناية خاصة، وجعلتها محددات ظاهرة على النحو التالي:

أولاً: الفراش

والمـــراد بـــه عـــند الفقهاء: "هو كون المرأة متعينة لثبوت نسب ولدها مـــن الـــرجل" [(١)] فالرجل الذي ترتبط به المرأة في العلاقة الزوجية هو الأب الذي ينسب إلـــيه الولد. وكذلك السيد إذا وطأ أمته نسب الولد إليه عند الجمهور[(٢)] ، أما عند الحنفـــية فإنهـــا لا تصير فراشاً بالوطء إلا إذا ولدت ثم أقر السيد بالولد، فإنه يثبت نســـبه بهـــذا الإقرار، وبه يثبت فراشها، وصارت أم ولد له، فإذا جاءت بولد آخر يثبت نسبه منه من غير حاجة إلى إقراره به[(٣)].

والأصـــل في ثـــبوت النسب بسبب الفراش قوله ﷺ:" الولد للفراش وللعاهر الحجر"[(٤)].

واشترط العلماء لثبوت النسب بسبب الفراش شروطاً خمسة، هي:

١. حصول عقد النكاح.
٢. الدخول أو إمكانه[(٥)].

---

(١) شرح فتح القدير ٢٤٣/٣، و انظر أيضاً ٣٨/٥؛ و التعريفات للجرجاني، ص ٢١٣.
(٢) انظـــر: المدونة ٣١٦/٨؛ المنتقى ٦/٦؛ شرح الزرقاني ٢٧/٤؛ و المهذب ١٢٤/٢؛ حاشية البجيرمي ٢/ ٤٤٠؛ و المحرر ١٠١/٢-١٠٢؛ كشاف القناع ٤١٠/٥ – ٤١١.
(٣) انظر: المبسوط ١٥٢/٧؛ بدائع الصنائع ٢٤٣/٦؛ حاشية ابن عابدين ٥٥٠/٣.
(٤) متفق عليه، و قد سبق تخريجه.
(٥) هذا عند الجمهور خلافاً للحنفية فإنهم لم يشترطوا أكثر من مجرد العقد في إثبات النسب، و قالوا لو تزوج مشرقي من مغربية، أو طلقها في مجلس النكاح و لم يدخل بها لحقه النسب كذا قالوا، و لا يخفى بعده عن الواقع، و الله أعلم. انظر: المبسوط ١٦٥/١٧؛ شرح ابن عابدين ١١٨/٣، ٥١٢.

٣. أن يولد لمثله.

٤. مضي أقل مدة الحمل قبل الولادة.

٥. ألا يتجاوز الحمل أقصى مدة الحمل من البينونة أو الوفاة في المفارقات.

٦. ويلحق حكم العقد الفاسد والوطء بشبهة بالعقد الصحيح في ثبوت النسب من الواطئ [١].

ثانيًا: الإقرار (الاستلحاق)

والمراد به: أن يقر شخص بنسب من ليس بينه وبينه واسطة، كالأب والابن.

مثاله: أن يقول شخص: هذا ابني، فإن المقر بإقراره هذا يحمل تبعة النسب على نفسه، ويتبع ذلك جميع آثار النسب، وقد وضع الفقهاء -رحمهم الله- شروطا لصحة الإقرار إذا كان يحمله الإنسان على نفسه، ومن أهمها [٢]:

١- أن يكون المقر بالنسب مكلفا أي بالغا، عاقلا.

٢- أن يكون المقر مختاراً في إقراره.

٣- أن يكون المدعى به يمكن ثبوت نسبه من المدعي، وذلك كأن يكون المقر به في سن تسمح للمقر بالنسب أن يكون أبا له، وأن يكون هو ابناً له[٣].

٤- أن يكون المدعى نسبه مجهول النسب أو لقيطاً[٤]، فمن أقر بنسب معروف النسب -أنه أب له أو ابن- فلا يقبل إقراره ؛ لأن الدعوى لا تصادف محلاً للتصديق.

(١) انظر: أحكام النسب في الشريعة الإسلامية، ٦٦ فما بعدها، و ١١٧.
(٢) انظر: المرجع السابق، ص ٢٣٥ فما بعدها، و ٢٤٦ فما بعدها.
(٣) انظر: البحر الرائق ٧/ ٢٥٥؛ نهاية المحتاج ٥/ ١٠٧؛ الخرشي ٦/ ١٠٠؛ كشاف القناع ٦/ ٤٥٥.
(٤) و هو مذهب الجمهور. و ذهب المالكية إلى عدم صحة استلحاق اللقيط إلا ببينة أو قرينة تصدق المستلحق. انظر: بدائع الصنائع ٦/ ١٧٩؛ الوسيط ٣/٣٥٦؛ روضة الطالبين ٤/٤١٤؛ و كشاف القناع ٤/ ٢٥١ الخرشي ٣/ ١٣٣.

٥- تصـــديق المقـــر إذا كان المقر له بالنسب مكلفا بالغا عاقلا، فإن لم يصـــدقه المقر له فلا يصح إقراره، وهو مذهب الجمهور من الفقهاء خلافا للمالكية(١).

٦- أن لا يكذب المقر بنسبه -غير المكلف- المقر بعد بلوغه، وهذا شرط عند بعض الفقهاء فقط.

٧- أن لا يصرح المدعي أن المدعى نسبه ولده من الزنا، وإلا فلا تسمع دعـــواه وذلك أن الزنا لا يصلح سببا لثبوت النسب(٢)، لقوله ﷺ: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"(٣).

ثالثًا: البينة

والمـــراد بهـــا: الشهادة، أو الشهود، سموا بذلك لأن بهم يتبين الحق ويتضح (٤) فيقـــبل في إثبات النسب شهادة رجلين عدلين إجماعا، وإن شهد به رجل وامرأتان عدول فقد اختلف العلماء في ثبوت النسب بذلك:

فذهـــب الجمهـــور من المالكية والشافعية والحنابلة إلى عدم ثبوت النسب بها، وذهب الحنفية إلى ثبوت النسب بها (٥).

(١) انظر: المراجع السابقة.

(٢) عند جمهور العلماء، بل لقد حكى ابن عبد البر الإجماع على ذلك. انظر: المدونة ٨/٣٦٤؛ التمهيد ٨/ ١٨٣؛ بداية المجتهد ٢/٢٦٨؛ المبسوط ٥/٥٨؛ بدائع الصنائع ٦/٢٤٣؛ نهاية المحتاج ٥/ ١٠٨؛ كشاف القـــناع ٥/ ٣١٦، ٤٦٦.

(٣) تقدم تخريجه من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٤) انظر الإقناع ٢/٦٢٧.

(٥) انظـــر: بدائـــع الصـــنائع ٦/ ٢٧٧ فما بعدها؛ شرح ابن عابدين ٣/٥٤٦؛ التاج و الإكليل ٦/ ١٨٠؛ المهـــذب ٢/٣٣٤؛ و شرح منتهى الإرادات ٢/ ٥٩٩؛ أحكام النسب ٢٨٣ – ٢٨٥

كمـــا اتفق المذاهب الأربعة على جواز إثبات النسب بالشهادة بالتسامع - أي استفاضـــة الخـــبر واشتهاره بين الناس - لأن هذه الأمور لا يطلع عليها إلا خواص الـــناس، فإذا لم تجز فيها الشهادة بالسماع أدى إلى الحرج وتعطيل الأحكام المترتبة على ثبوت النسب(١).

رابعاً: القيافة:

القـــيافة في اللغـــة: مصدر لفعل (قَافَ) بمعنى تتبع الأثر لمعرفة صاحبه، قال في لســـان العـــرب:"والقائف الذي يتتبع الآثار ويعرفها، ويعرف شبه الإنسان بأبيـــه وأخيه"(٢).

وعرفها بعضهم بأنها" تتبع العلامات الموجودة في شخصين أو أكثر للوصول إلى إثبات قرابة بينهما أو بينهم"(٣).

وإنمـــا تكون القيافة طريقا إلى إثبات النسب عند تعارض البينات، والتنازع في الولـــد إذا لم يكـــن النســـب معروفا بطريقة من الطرق الثلاث المتقدمة، لذا فإن القـــيافـــة لا تصلح أن تكون طريقا لنفي نسب ثابت، وإن عارض مقتضى القيافة شيء مما تقدم من المثبتات فلا قيمة للقيافة عندئذ(٤).

وقد اختلف العلماء في إثبات النسب بالقيافة على قولين:

القـــول الأول: يصـــح إثبات النسب بالقيافة، وهو مذهب الشافعية والحنابلة والمالكية في أولاد الإماء في المشهور من مذهبهم(٥).

---

(١) انظر الفقه الإسلامي و أدلته ٧/٦٩٦.

(٢) لسان العرب، مادة: قوف.

(٣) أحكام النسب، ص ٣٢٣، و انظر المزيد حول تعريف القيافة في الموضع نفسه.

(٤) انظر المغني ٦/٤٥، ٨/ ١٠٣؛ و كشاف القناع ١/١٤٣.

(٥) انظـــر: الأم ٥/٣٠؛ المهذب ١/٤٣٧، ٣٥٤؛ مغني المحتاج ٤/٤٨٨؛ شرح منتهى الإرادات ٢/؛ الطرق الحكمية، ص ١٦٧؛ بداية المجتهد ٢/٢٧٠؛ مواهب الجليل ٥/٢٤٧؛ الخرشي ٦/ ١٠٥؛ التاج و الإكليل ٥/٢٤٧.

القول الثاني: أنه لا يصح إثبات شيء من النسب بالقيافة، وهو مذهب الحنفية[1]، والمالكية في أولاد الحرائر على المشهور من مذهبهم[2].

وقد وضع الفقهاء المثبتون للنسب بواسطة القيافة شروطاً للقائف، وهي:

١- الإسلام.

٢- العدالة.

٣- الذكورية.

٤- الحرّية.

٥- المعرفة بالقيافة.

وهنالك شروط أخرى أعرضنا عنها صفحاً لضعفها[3].

خامساً: القرعة

عند عدم وجود شيء من مثبتات الأبوة السابقة من الفراش والبينة والإقرار والقافة، فقد ذهب الظاهرية والمالكية-في أولاد الإماء فقط-وأحمد-في رواية-أنه يحكم بالقرعة عند التنازع في النسب، وعدم وجود مرجّح سواها [4]، إلا أن جمهور الفقهاء على عدم ثبوت النسب بالقرعة، ثم اختلف هؤلاء في نسب الولد: فقال الشافعية والمالكية - وهو وجه عند الحنابلة-: يؤخر الصبي حتى يبلغ، فإذا بلغ يقال

---

(١) انظر: المبسوط ١٧/٧٠؛ بدائع الصنائع ٦/ ٢٤٤.

(٢) انظر: بداية المجتهد ٢/٢٧٠.

(٣) انظر تفصيل ذلك في أحكام النسب ٣٢٥-٣٣٠.

(٤) انظر: المحلى ١٠/ ١٥٠؛ الخرشي على خليل ٦/ ١٠٥؛ الإنصاف ٦/ ٤٥٨؛ زاد المعاد ٥/ ٤٣١؛ الفروع ٥/٤٠٨ – ٤٠٩.

له وال أيهما شئت[١]، وفي وجه آخر عند الحنابلة أنه ضاع نسبه أبداً [٢].

المطلب الثاني
طريق نفي النسب شرعاً (اللعان)

من عناية الإسلام بأمر النسب أنه احتاط لإثباته بأدنى الأسباب، وجعله لا ينتفي إلا بأقوى الأدلة، كما قال الإمام ابن قدامة[٣] -رحمه الله تعالى-:" إن النسب يحتاط لإثباته، ويثبت بأدنى الدليل، ويلزم ذلك التشديد في نفيه، وأنه لا ينتفي إلا بأقوى الأدلة"[٤]، وكذا قال الإمام ابن القيم[٥] -رحمه الله تعالى:"إن الشارع يتشوف إلى ثبوت النسب مهما أمكن، ولا يحكم بانقطاع النسب إلا حيث يتعذر إثباته"[٦].

ومن هنا فقد تعددت الطرق لإثبات النسب، لكن ليس لنفيه بعد ثبوته شرعاً إلا طريق واحد ألا وهو اللعان.

(١) انظر: المدونة ٣٣٤/٨، ٣٣٩؛ مواهب الجليل ٣٥٩/٦؛ القوانين الفقهية ٢٦٤؛ بداية المجتهد ٢٦٩/٢ المهذب ٤٣٧/١؛ المغني ٤٥/٦؛ الفروع ٢٧/٥؛ الإنصاف ٢٧/٥؛ المبدع ٣٠٩/٥.

(٢) انظر المرجع السابق؛ و المغني ٢٧٦/٦.

(٣) هو عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ثم الدمشقي، أبو محمد موفق الدين، شيخ الإسلام، و إمام المذهب. من مصنفاته في الفقه:" المغني"، و"الكافي" و" المقنع"، توفي سنة ٦٢٠، رحمه الله تعالى. له ترجمة في: ذيل طبقات الحنابلة ١٣٣/٢؛ و سير أعلام النبلاء ١٦٥/٢٢.

(٤) المغني ٤٧/٦.

(٥) هو محمد بن أبي بكر بن لأيوب الدمشقي، شمس الدين، أبو عبد الله، ابن قيم الجوزية، الإمام الفقيه الأصولي المتفنن، له مصنفات كثيرة، منها:" زاد المعاد في هدي خير العباد"، و"إعلام الموقعين عن رب العالمين"، و" الطرق الحكمية في السياسة الشرعية"، مات ستة ٧٥١، رحمه الله تعالى. له ترجمة في: ذيل طبقات الحنابلة ٤٤٧/٢؛ و البدر الطالع ١٤٣/٢؛ و بغية الوعاة ٦٢/١.

(٦) الطرق الحكمية، ص ٣٣٠.

تعريف اللعان :

اللعان لغة:

هو مصدر لاعن يُلاعن مُلاعَنَةً، ولِعاناً. مشتق من اللعن، وهو في الأصل بمعنى الطرد والإبعاد من الخير، ولاعن الرجل زوجته: إذا قذفها بالفجور(١).

وأما في الاصطلاح:

فقـــد اخـــتلف الفقهاء في ذلك، بناءً على اختلافهم في كون اللعان أيماناً أم شهادات:

فقـــال المالكـــية:"هـــو حلف الزوج على زنا زوجته أو نفي حملها اللازم له، وحلفها على تكذيبه، إن أوجب نكولها حدها بحكم قاض"(٢).

وقـــال الشافعية: هو كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطخ فراشه فألحق العار به، أو المضطر إلى نفي الولد(٣).

وقـــال الحنفية والحنابلة: هو شهادات مؤكدات بالأيمان مقرونة باللعن، قائمة مقام حد القذف في حقه، وحد الزنى في حقها(٤).

وذهب المالكية والشافعية، وهي الرواية المنصوصة عن أحمد، إلى أن اللعان أيمان فيأخذ حكم اليمين، وأنه يصح من كل زوجين تصح أيمانهما، لكن اشترط المالكية الإسلام في الزوج(٥).

---

(١) انظر لسان العرب، مادة" لعن".

(٢) الفواكه الدواني ٢/٥٠؛ حاشية العدوي ٢/١٣٩؛ التاج و الإكليل ٤/١٣٢.

(٣) انظر: الإقناع للخطيب الشربيني ٢/٤٥٩، و ٤/٦٤؛ فتح الوهاب ٢/١٧٠.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٣/٢٤١؛ البحر الرائق٤/١٢٢؛ شرح فتح القدير٤/٢٧٨؛كشاف القناع٥/٣٩٠.

(٥) انظر: الأم ٥/٢٨٦، ٧/٢٥؛ المهذب ٢/١٢٤،١٢٠؛ التاج و الإكليل ٤/١٣٢؛ الفواكه الدواني ٢/٥٠؛ مواهب الجليل ٤/١٣٢؛ المغني ٨/٤٠-٤١؛ كشاف القناع ٥/٣٩٤؛ الإنصاف ٩/٢٣٩.

وذهـــب الحنفية إلى أنه لا يصح اللعان إلا ممن تصح شهادته بأن يكونا زوجين مسلمين حرين بالغين عاقلين غير محدودين في القذف، وهو رواية عـــن الإمام أحمد [(١)].

مشروعية اللعان

الأصل في مشروعية اللعان الكتاب والسنة والإجماع والقياس والمعقول

أما الكتاب: فقوله تعالى: **﴿والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين۝ والخامسة أنَّ لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين۝ ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين۝ والخامسة أنَّ غضب الله عليها إن كان من الصادقين﴾** [النور: ٦ – ٩].

وأمـــا السنة: فقد ورد في مشروعية اللعان أحاديث متعددة، منها حديث ابن عمر-رضي الله عنهما" لاعن رسول الله ﷺ بين رجل من الأنصار وامرأتـــه وفرَّق بينهما"[(٢)].

أمـــا الإجمـــاع: فقـــد ذكر كثير من أهل العلم أن الإجماع قد عقد منذ عهد الصحابة إلى يومنا هذا على مشروعية اللعان [(٣)].

أمـــا المعقول: فما ذكره الإمام ابن رشد- رحمه الله تعالى-:" لما كان الفراش موجـــباً للحوق النسب كان بالناس ضرورة إلى طريق ينفونه به إذا تحققوا فساده،

---

(١) انظر: المرجعين الأخيرين؛ و بدائع الصنائع ٢٤١/٣؛ حاشية ابن عابدين ٤٨٢/٠٣.

(٢) رواه البخاري في: ٧١ – كتاب الطلاق، ٣٢ – باب التفريق بين المتلاعنين، الحديث (٥٠٠٨). و مسلم في: ١٩ – كتاب اللعان، الحديث (١٤٩٤).

(٣) ممـــن حكـــى الإجماع على مشروعية اللعان الإمام ابن المنذر في كتاب الإجماع، ص ٨٥؛ و ابن حزم في مراتب الإجماع، ص ٨١؛ و النووي في شرحه على صحيح مسلم ١١٩/١٠؛ وابن رشد في بداية المجتهد ٨٧/٢

وتلك الطريق هي اللعان" [1].

شروط اللعان لنفي النسب :

ذكـــر الفقهـــاء شروطاً كثيرة للعان، وسأقتصر هنا على ذكر الشروط المتعلقة بالنسب والتي اتفق عليها المذاهب الأربعة:

١. تعيين الولد الذي ينفيه.

٢. أن يكون اللعان أمام القاضي أو نائبه.

٣. قيام الحالة الزوجية حقيقة أو حكماً.

٤. أن لا يسبق نفيه باللعان إقراره به صراحة أو ضمناً.

٥. أن لا يكـــذب الزوج نفسه، فإن أكذب نفسه أقيم عليه الحد أو التعزير – على حسب حال زوجته من إحصان أو عدمه–ولحقه نسب الولد.

٦. أن يكون النفي بعيد الولادة، على اختلاف بينهم في المدة التي يجب عليه أن ينفـــيه فـــيها، فمنهم من قال: يجب ذلك على الفور، ومنهم من قال: إلى ثلاثـــة أيام، ومنهم من قال: إلى سبعة، ومنهم من أوصلها إلى أربعين يوما، ومنهم من لم يجعل لذلك وقتاً معيناً بل ترك ذلك إلى العرف والعادة، والله تعالى أعلم [2].

---

(١) المرجع السابق.

(٢) انظر أحكام النسب، ص ٤١١ فما بعدها.

الآثار المترتبة على اللعان

تترتب على اللعان الآثار التالية[1]:

١. سقوط حد القذف -أو التعزير- عنه، وسقوط حد الزنا عن الزوجة.

٢. تحريم الوطء والاستمتاع بعد التلاعن من الزوجين،ولو قبل تفريق القاضي

٣. وجوب التفريق بينهما، لكن لا تتم الفرقة عند الحنفية إلا بتفريق القاضي.

وقال المالكية والحنابلة -في الراجح من الروايتين عن أحمد: تقع الفرقة بمجرد اللعان دون حكم الحاكم. وذهب الشافعي إلى أن الفرقة تحصل بلعان الزوج وحده، وإن لم تلاعن المرأة.

وهذا التفريق مؤبد عند الجمهور، لكن قال الإمام أبو حنيفة: إن أكذب الزوج نفسه وأقيم عليه الحد أو التعزير فإنه بعد ذلك خاطب من الخطاب، وهي رواية عن الإمام أحمد.

٤. ينتفي نسب الولد من الزوج ويلحق أمه إن نفاه الزوج في اللعان، وهل يكون ذلك بحكم الحاكم أو نائبه أم يكون ذلك بمجرد اللعان ؟

اختلف في ذلك على نحو اختلافهم في وقوع الفرقة بينهما، والله تعالى أعلم.

حكم نفي النسب بدون قذف بالزنا، أو تصديق الزوجة لزوجها في قذفه:

إن نفى الزوج ولده من دون قذف زوجته بالزنى، كأن يقول: هذا الولد ليس مني، وإنما هو من وطء شبهة، أو يقول: هو ابن زوجها السابق، أو من الزنى

(١) انظر: المبسوط ٤٢/٧ فما بعدها؛ الهداية ٢٤/٢ فما بعدها؛ بدائع الصنائع ٢٤٤/٣ فما بعدها؛ و القوانين الفقهية، ص ١٦٢؛ بداية المجتهد ٩٠/٢ فما بعدها؛ الثمر الداني في شرح رسالة القيرواني، ص ٤٧٨ – ٤٧٩؛ و الأم ٢٩١/٥؛ المهذب ١٢٧/٢؛ الإقناع للماوردي، ص ١٥٧-١٥٨؛ الوسيط ١٠٧/٦؛ و كشاف القناع ٤٠١/٥؛ الإنصاف ٢٥١/٩ فما بعدها.

بالإكراه أو نحو ذلك.

وكذلك إن صدقته الزوجة فيما رماها به من الزنى أو ثبت زناها بالشهود، فقد اختلف الفقهاء في نفي الولد في هذه الصور إلى فريقين رئيسيين:

الفريق الأول: يرى أنه يجوز نفي الولد في هذه الصور باللعان ؛ لأن اللعان كما يكون لدرء الحد يكون كذلك لنفي الولد.

وذهب إلى هذا الرأي الشافعية والمالكية، وهو رواية عند الحنابلة.

ثم ذهب بعض أصحاب هذا القول إلى أن الولد إذا كان يمكن كونه من الزوج ومن غيره، وأمكن عرضه على القافة،كأن يقر الواطئ بشبهة بوطئها، فإن الولد يعرض في هذه الحالة معهما على القافة، فإن ألحقوه بغير الزوج انتفى عن الزوج بدون اللعان[1].

أما الفريق الثاني: فيرون أن الولد لا ينتفي عن الزوج بلعان ولا بغيره ؛ وذلك لتعذر اللعان، إذ لا لعان إلا بالقذف ولم يوجد، وحيث انتفى اللعان امتنع نفي النسب.

وإلى هذا ذهب الحنفية، وهو رواية أخرى عند الحنابلة[2].

ويبدو لي أن القول الأول هو الأليق بمقاصد الشريعة في حفظ الأنساب من الاضطراب والاختلاط ؛ حيث إنه يعطي الزوج الحق في نفي من يعتقد، بل يتيقن أحياناً أنه ليس من صلبه.

---

(١) انظر: المقدمات الممهدات ٦٣٥/١ فما بعدها؛ بداية المجتهد ٢٦٩/٢؛ حاشية الخرشي ١٣٣/٤؛ التاج والإكليل ١٣٧/٤؛ الكافي في فقه أهل المدينة، ص٢٩٠؛ و المهذب١٢٠/٢-١٢١؛ روضة الطالبين ٨/ ٣٤٢-٣٤٣؛ مغني المحتاج ٣٧٣/٣ فما بعدها؛ حاشية الشرقاوي على التحرير ٣١٠/٢؛ و كشاف القناع ٤٠٨/٥؛ و المحرر ٩٩/٢-١٠٠؛ المغني ٦٠/٨-٦٣؛ الإنصاف ٢٦٩/٩.

(٢) انظر المراجع الأربعة الأخيرة؛ و بدائع الصنائع ٣/ ٢٣٩، ٢٤٦؛ البحر الرائق ١٢٥/٤؛ أحكام النسب، ص ٤٣٢-٤٣٣.

أضــف إلى ذلك أنه إذا كان الزوج له الحق أن ينفي من ولد على فراشه، إذا شك في كونه منه، والزوجة تنفي دعواه، وتنكر الزنا، فمن باب الأولى أن يكون له هذا الحق في حال تصديق الزوجة له، وثبوت الزنا عليها، والله أعلم.

المبحث الثاني
إثبات النسب أو نفيه بالبصمة الوراثية شرعاً

وفيه ثمانية مطالب:

المطلب الأول: المرتكزات العلمية المؤثرة في الحكم الفقهي.

المطلب الثاني: هل يثبت النسب بالبصمة الوراثية شرعاً؟.

المطلب الثالث: مترلة البصمة الوراثية بين الطرق الشرعية لثبوت النسب.

المطلب الرابع: حالات الاستفادة من البصمة الوراثية في إثبات النسب.

المطلب الخامس: حكم الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب.

المطلب السادس: الضوابط الشرعية للعمل البصمة الوراثية.

المطلب السابع: حكــم تحقــق صــاحب النسب الثابت من نسبه باستخدام البصمة الوراثية.

المطلب الثامن: الآثار الفقهية المترتبة على العمل البصمة الوراثية.

المطلب الأول
المرتكزات العلمية المؤثرة في الحكم الفقهي

١- أن كل إنسان يتفرد بنمط خاص في التركيب الوراثي ضمن كل خلية من خلايا جسده لا يشاركه فيه أي شخص آخر في العالم، ويطلق على هذا النمط اسم: (البصمة الوراثية)، وهذه البصمة من الناحية العلمية لا تكاد تخطئ في التحقق من معرفة الأب الحقيقي أو الأم الحقيقية للمولود.

٢- أن البصمة الوراثية لا تتغير من مكان لآخر في جسم الإنسان، فأي خلية أخذت منها العينة فإنها لا تختلف البصمة فيها عن مثيلاتها.

٣- إن تقنية (بصمة الدنا) إذا طبقت باستخدام المعايير التي وضعتها المؤسسات العلمية والقضائية، وتم عمل هذه التحاليل بأيدي خبراء ذوي معرفة عدول، وذوي دراية بمشاكل وصعوبات هذه التقنية، فإنه – بإذن الله – يمكن الاعتماد على هذه النتائج بشكل قلما يترك المجال للشك فيها.

٤- لا تزال الجامعات والمؤسسات القضائية تضع معايير ثابتة وموحدة لضبط وتحسين هذه التقنية، ومن ضمن محتويات هذه التحسينات والضوابط ما يتعلق بمعايرة الطرق والمسابير والمواد المستخدمة في هذا التحليل.

٥- الدول والمنظمات الدولية في سبيلها إلى وضع قاعدة معلومات لبصمة الدنا، ومقارنة البصمات بطريقة الحاسب الآلي، وتم ذلك فعلياً في شمال أمريكا، وسوف يتم تحقيق الكثير في هذا المجال في فترة قريبة، سواء لتحقيق البنوة أو للكشف عن مرتكبي الجرائم، أو للكشف عن الأمراض، أو دراسة كيفية التحكم في الجينات وطرق عملها.

فـإذا تحققـت هذه الضوابط الطبية في هذا الجانب العلمي فهل يمكن إثبات النسـب أو نفـيه شرعاً بهذه الطريقة أم لا ؟ هذا ما سنبحثه فيما يلي إن شاء الله تعالى.

المطلب الثاني
هل يثبت النسب بالبصمة الوراثية شرعاً ؟

إن البـحوث العلمية البيولوجية أثبتت أنه يمكن بواسطة تقنية البصمة الوراثية إثـبات الأبـوة بنسـبة من الصحة يكاد ينعدم معها احتمال الخطأ، وما ستطرحه البحوث في المستقبل القريب يحمل الكثير أيضا في هذا المجال.

فهل البصمة الوراثية طريقة شرعية صحيحة لإثبات الأبوة؟ وإذا كانت كذلك فمـا مرتبتها بين الطرق الأربعة المتقدمة؟ وما الذي يقدم في حال تعارضت البصمة الوراثـية طـريقاً مـن طرق إثبات النسب؟ وما الذي يترتب على القول بالبصمة الوراثية كطريقة من طرق إثبات النسب على المسائل الفقهية في هذا الباب؟

الجـواب: الـذي يظهـر -والله أعلم بالصواب- أن البصمة الوراثية طريقة صحيحة شرعاً لإثبات النسب للأدلة التالية:

أولا: القيـاس:

جمهور العلماء قبلوا القيافة طريقا لإثبات النسب شرعا، والقائف إنما يتكلم عن حـدس وفراسة، ولا ينعدم احتمال الخطأ في حكمه، بل قد يقول الشيء ثم يرجع عـنه إذا رأى أشـبه منه، ومع هذا قبلوه طريقا شرعيا لإثبات النسب، فلأن تعد البصمة الوراثية التي لا تخطئ نتائجها في الغالب، والتي تعتمد على الأساليب العلمية الدقيقة في إظهار النتائج طريقا لإثبات النسب من باب أولى، وهذا ما يسمى بقياس الأولى، أو القياس الجلي.

ثانيا: قواعد الشرع:

فمن القواعد الفقهية التي يمكن أن يستدل بها في هذه المسألة قاعدة:"ما كان أبلغ في تحصيل مقصود الشارع كان أحب إذا لم يعارضه ما يقتضي خلاف ذلك"(١).

ومعنى القاعدة: أن كل مقصد من مقاصد الشارع لا بد من وسيلة لتحصيله، لكن تختلف الوسائل في درجة تحقيق المقاصد، فمنها ما يحقق المقصد على الكمال، ومنها ما دون ذلك، فإذا وجدت وسيلتان أو أكثر لتحقيق مقصد حكم شرعي، وكانت واحدة منها أبلغ في تحصيل مقصود الشارع من غيرها، كانت هذه الوسيلة أحب إلى الشارع وأفضل من غيرها، بشرط ألا تكون هذه الوسيلة محرمة، فلا يجوز استخدامها حينئذ ؛ لأنها تعارض مقصد الشارع من الحكم(٢).

وما نحن فيه ينطبق عليه القاعدة تماماً، فالشارع يتشوف لإثبات النسب وإلحاق الأفراد بأسرهم وعائلاتهم، حفاظا على الشرف، وحماية للنفس، وصيانة للأنساب، وهذا مقصد عظيم، وهناك وسائل لتحقيقه، والبصمة الوراثية وسيلة علمية موثوقة لتحقيق هذا المقصد، وهي أوثق من القيافة بمراحل لا سيما مع نقص المعرفة بالقيافة في هذا العصر، فتكون محققة لمقصد الشارع بشكل أفضل وأدق بكثير عن غيرها من الوسائل، فكيف لا يجوز الأخذ بها ؟

ثالثاً: النسب حق شرعي للمكلف :

إن النسب يعد حقا من الحقوق الشرعية للمكلف يسعى في إثباته بأي وسيلة من وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، والتي منها: البينة، والإقرار، والفراش.

---

(١) القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية، ص: ٢٤٥.
(٢) المرجع السابق.

والبصـــمة الوراثية قرينة شبه قطعية للإثبات، حيث إنها تدل على المطلوب، مع احتمال خطأ نادر جدا،فيلزم الأخذ بها في إثبات النسب؛لأنها شبه قطعية في الدلالة عليه.

ولـــو منعـــنا العمل بها فإننا بذلك نكون قد حجرنا على المكلفين في استخدام وســـيلة علمية مؤكدة النتائج في إثبات دعاواهم، وهو أمر يتنافى مع مقاصد الشرع في البينة.

رابعاً: مقاصد الشريعة الإسلامية في حفظ الضروريات الخمس

إن أحكـــام الشـــريعة ترجع إلى مقاصدها في الخلق، ومن هذه المقاصد حفظ الضروريات الخمس: (الدين، والنفس، والنسل، والمال، والعقل)، والذي يهمنا هنا النسل أو النسب، والحفظ له يكون بأمرين:

١- مـــا يقـــيم أركانـــه ويثبت قواعده، وذلك عبارة عن مراعاته من جانب الوجود.

٢- مـــا يدرأ عنه الاختلال الواقع أو المتوقع فيه، وذلك عبارة عن مراعاته من جانب العدم.

والقـــول بإثـــبات النسب بواسطة البصمة الوراثية فيه حفظ لأركان النسب، وتثبيت لقواعده، كما أن فيه أيضا محافظة عليه من الاختلال الواقع بإدخال ما ليس منه إليه.

وممـــا لاشك فيه أن الحكم الفقهي الذي يتماشى مع أصول الشريعة ومقاصد الشرع هو الحكم الأقرب إلى الصواب إن شاء الله تعالى؛ قال الإمام ابن القيم-رحمه الله-:" ... فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصـــــالح العباد في المعاش

والمعاد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة وعن الحكمة إلى العبث،فليست من الشريعة،وإن أدخلت فيها بالتأويل..."[1].

خامساً: الاستصلاح:

وحيث إن الاستصلاح هو الحكم بمقتضى المصلحة التي لا يشهد لها دليل خاص بالإلغاء أو الإثبات، وتكون متفقة مع مقاصد الشريعة[2].

وهو طريق مشروع في الشريعة لتطبيق قواعدها وأوامرها على الوقائع الجديدة التي لا نص فيها، وقد اعتبر الفقهاء جلب المصالح ودرء المفاسد وسد الذرائع وتغير الزمان من العوامل المقتضية للعمل بالاستصلاح[3] في استنتاج الأحكام الشرعية، لذا فإنني أرى أن ثبوت النسب بالبصمة الوراثية من الأحكام التي يمتد إليها الاجتهاد الاستصلاحي ؛ لأنه من الأحكام التي تتعلق بالنظام التضامني والحقوق الخاصة، ومن الأحكام المنظمة لمصالح المجتمع.

ثم إن فيه جلبا لمصلحة يتشوّف إليها الشارع، وهي إثبات النسب التي يحافظ بها على تلاحم الأسرة وترابطها، وبالتالي تماسك المجتمع.

وفيه درء لمفسدة ينهى عنها الشرع، وهي ضياع الأنساب أو نسبة الشخص لمن لا ينتمي إليه زورا وبهتانا، الأمر الذي يترتب عليه الانحراف السلوكي والأخلاقي في الأفراد غالبا.

كما أن فيها سدًّا لذريعة التلاعب بالأنساب والتبني الباطل الذي حرّمته الشريعة، كما أن الأخذ بها يُعد أخذا بالاجتهاد في أمر تتغير فيه الوسائل بتغير الزمان وتطوره، وترقي علومه وحضارته.

---

(١) أعلام الموقعين ٣/ ٣.

(٢) انظر: الاستصلاح، مصطفى الزرقاء، ص: ٣٧.

(٣) انظر: المدخل الفقهي العام ١/ ٩٧.

سادساً: القياس على إجماع عملي للأمة:

قال الشيخ الدكتور محمد الأشقر -حفظه الله تعالى-:"إن الأمة - وفي ضمنها فقهاؤها-قد قبلوا في إثبات الهوية الشخصية وسائل مستحدثة أثبتت جدواها علمياً، ويسرت التعامل بين البشر، ومن ذلك:

أ- بصمة الأصابع: فإن الله العليم القدير جعل بصمة الإصبع لكل إنسان متفردة لا تلتبس ببصمة إنسان آخر، وبعض المفسرين في العصر الحاضر يأخذ الإشارة إلى هذا من قول الله تعالى:﴿**بَلَى قَادِرِينَ عَلَى أَنْ نُسَوِّيَ بَنَانَهُ**﴾ [القيامة:٤].

ب- ومن ذلك: التوقيع الخطي؛ فكما هو معلوم ومعتاد أن التوقيع لا تتماثل في نظر خبراء الخطوط.

ج- ومن ذلك الصورة الشخصية المأخوذة بانعكاس الأشعة، المثبتة على البطاقة الشخصية، تكتفي بها جميع الجهات الرسمية لإثبات الشخصية، ولم نسمع عن أحد من أهل العلم والفقه إنكار العمل بشيء من هذه الوسائل الثلاث المستخدمة، بل استخدموها هم أنفسهم كما استخدمها غيرهم، وهذا نوع من أنواع الإجماع العملي له أثره في إثبات الأحكام، نظيره ما قاله الحنفية في الاستصناع أنه ثبت بالإجماع العملي من الأمة.

ويُضاف إلى هذا أن الوسائل الثلاث قد أثبتت فاعليتها وصحة نتائجها، وهو الأمر الذي كفل لها الاستمرار والثبات.

فكذلك هذه الوسيلة الجديدة-البصمة الوراثية- ينبغي أن تقبل في مجال إثبات الهوية الشخصية، ومجال إثبات الأبوّة بالنسبة لمجهولي النسب" [1].

---

(١) بحث (إثبات النسب بالبصمة الوراثية): الأستاذ الدكتور محمد سليمان الأشقر، ص ١٦-١٧.

إذا تقرر ذلك، وجاز الاعتماد على البصمة الوراثية في إثبات النسب، فما مترلة هذا الطريق بين الطرق الشرعية لثبوت النسب ؟

المطلب الثالث

منزلة البصمة الوراثية بين الطرق الشرعية لثبوت النسب

إن البصمة الوراثية تقع مترلتها بين مثبتات الأبوة في المترلة بعد المراتب التي اتفق الفقهاء على العمل بها، فبالتالي لا يعمل بها إلا عند عدم وجود الفراش أو البينة أو الإقرار، فإن وجد شيء من الوسائل المتقدمة فإن البصمة الوراثية لا تقوى على معارضته، بل لا ينظر إليها مع وجوده، وهذا ما ذهب إليه جل الفقهاء المعاصرين[1]، خلافاً لما ذهب إليه بعضهم من أن البصمة الوراثية" تحقق ما يحققه ما عرفه الفقه الإسلامي من طرق لإثبات الفراش الذي به النسب وزيادة، مما يجعلها دليلاً مقدماً على الأدلة التقليدية في ذلك ...

ومن هنا، أرى أن البصمة الوراثية تصلح أن تكون مانعاً من قبول طرق الإثبات التقليدية، دون العكس"[2].

وهذا مجرد رأي لصاحبه لا يعتد به؛ وذلك لأمور، منها:

---

(١) فقد جاء في ملخص الحلقة النقاشية لـ"ندوة مدى حجية استخدام البصمة الوراثية لإثبات البنوة" المنعقدة بدولة الكويت يومي الأربعاء و الخميس ٢٨-٢٩/١/١٤٢١ هـ:" اتفق أكثر الحضور على أن البصمة الوراثية ترقى إلى دليل القيافة،و لا تتقدم على الشهادة أو الإقرار"، ص ١٠؛ و انظر أيضاً: "محضر اجتماع اللجنة العلمية بالرياض" المنبثقة عن المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي عام ١٤٢٠ هـ، ص ٣، ٥؛ و بحث (إثبات النسب بالبصمة الوراثية)، ص ١٧؛ و بحث (البصمة الوراثية و مدى حجيتها في إثبات و نفي النسب)، ص ٢٣؛ و بحث (البصمة الوراثية و مجالات الاستفادة منها)، ص٢٦.

(٢) بحث (البصمة الوراثية و مجالات الاستفادة منها، دراسة فقهية معاصرة): الأستاذ الدكتور سعد الدين هلالي بتصرف، ص ١٧.

أ - أن الطرق التقليدية (الفراش، والبينة، والإقرار) هي ما أجمعت عليه الأمة منذ عهد الصحابة إلى يومنا هذا[1]، فكيف يسوغ أن يتقدم عليها اختبار البصمة الوراثية الذي لا يزال حتى الآن في طور التجربة والاختبار، ويعترف الخبراء باحتمال أن يعتريه الخلل من الناحية الفنية أثناء إجراء التحليل، فمن ثَمَّ لم يتفق عليه حتى محاكم الدول التي اكتشفتها وعرفت كثيراً من أسرارها بادئ الأمر[2] ؟ !

ب- إن عمدة جواز العمل بالبصمة الوراثية هو قياسها على القيافة، فغاية الأمر أن تأخذ حكمها، وتقع في منزلتها.

ج- سبق وأن رأينا ما قرره الفقهاء من أن الشارع يتشوف إلى إثبات النسب بأدنى الأسباب، ولا ينفيه إلا بأقوى الأدلة، لكن تقديم البصمة الوراثية على طرق الإثبات التقليدية، أو جعلها مانعة من قبولها رأي يخالف ما استنبطه العلماء من أصول الشرع فلا يلتفت إليه، والله أعلم.

المطلب الرابع
حالات الاستفادة من البصمة الوراثية في إثبات النسب

إن البصمة الوراثية يعمل بها في إثبات النسب في الحالات التالية:

١- جميع الحالات التي ذهب الفقهاء فيها إلى الاعتماد على قول القافة في تحديد النسب، منها:

---

(١) انظر أحكام النسب، ص ٦٣، ٢٤٢، ٢٨١.

(٢) انظر العلاج الجيني، ص ٩٥، ١٠٠.

أ- إذا وطــئ رجلان امرأة وطئاً يثبت به النسب، كالموطوءة بشبهة أو في زواج فاســد، أو كالأمة المشتركة، فإنها إن أتت بولد احتمل أن يكون من أحدهما، فتحكم البصمة الوراثية.

ب- لــو تزوج معتدة وأتت بولد بعد ستة أشهر من الزواج، وقبل انتهاء أقصــى مــدة الحمــل، فإنه يقع الاحتمال، وعندها تحكم البصمة الوراثية.

ج- إذا اختلطــت المواليد ببعضها واشتبه النسب، كاختلاط المواليد في المستشفيات، أو الاشتباه في أطفال الأنابيب.

د- عــند التــنازع في مجهــول النسب، وعدم ترجيح أي طرف من المتنازعين ببينة و يقاس على هذه الحالات ما أشبهها[1].

٢- إذا عدل الأب عن استلحاق مجهول النسب.

٣- إذا ادعت امرأة أمومة شخصٍ مّا دون دليل على ولادها له.

المطلب الخامس

حكم الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب

إذا ثبت النسب بإحدى طرق الإثبات الشرعية المتفق عليها (الفراش، أو البينة، أو الإقــرار) فإن الشارع الحكيم قد حصر نفي هذا النسب في طريق واحد فقط، وهو اللعان[1]، واللعان لا يجوز أن تساويه البصمة الوراثية في نفي النسب، فضلاً أن تــتقدم علــيه. وهذا ما أكد عليه المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي،

(١) انظر أحكام النسب، ص ٣٤٤ – ٣٤٥.

حيث جاء ضمن قراراته الصادرة في الدورة السادسة عشرة ما نصه:" لا يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب. ولا يجوز تقديمها على اللعان".

لكن ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى جواز الاكتفاء بمعرفة نتيجة البصمة الوراثية والعمل بمقتضاها عن اللعان، ووجهوا رأيهم هذا بأنه "إذا كان الإسلام قد اشترط لإجراء اللعان انعدام الدليل مع الزوج، فما وجه إجرائه إذا ثبت يقيناً بالبصمة الوراثية أن الحمل أو الولد ليس من الزوج أو منه ؟"(٢).

ويبدو لي أن هذا الرأي وما شابهه مردود غير مقبول، من وجوه، أبرزها:

١- انه يؤدي إلى إهمال العمل بحكم ثابت بالكتاب والسنة والإجماع.

٢- انه يساوي طريقاً لنفي النسب ثابتة بالأدلة الشرعية المذكورة بطريق لا تزال في طور التجربة، ولا يستحيل وجود خطأ في نتائجها،كما أسلفت.

٣- إن العمل باللعان تنفيذ لأمر الله تعالى، فله صفة تعبدية، بخلاف البصمة الوراثية التي تقوم على معرفة الحقيقة المجردة.

٤- إن إجراء اللعان تترتب عليه آثار غير انتفاء الولد ودرء الحد -كما تقدم - بخلاف البصمة الوراثية التي تثبت أو تنفي البنوة فقط.

٥- إن البصمة الوراثية مقيسة على القافة، فتأخذ حكمها، والقافة تعتمد على الشبه، وقد أهدر النبي ﷺ الشبه مقابل اللعان،كما سبق.

---

(١) باستثناء الحالات التي قال فيها بعض الفقهاء بنفي الولد عن الزوج بقول القافة، كما سبقت الإشارة إليه في مسألة" حكم نفي النسب بدون القذف بالزنا ..." إلخ.

(٢) بحث" البصمة الوراثية و مجالات الاستفادة منها، دراسة فقهية مقارنة"، ص ٢١؛ و انظر أيضاً ما ذكره الدكتور عمر السبيل -رحمه الله تعالى- عن الشيخ/محمد مختار السلامي، في بحثه "البصمة الوراثية و مدى مشروعية استخدامها في النسب و الجناية"، ص ٢٩.

٦- إن في لفـــظ الآيـــة الكريمة ما يدفع هذا الرأي ويوهنه، ألا وهو قوله تعـــالى: ﴿**ولم يكن لهم شُهَداءُ إلا أنفسهم**﴾، ولا يمكن اعتبار البصمة الوراثـــية مـــن الشـــهداء بحال من الأحوال. نعم، لو كانت الآية قد وردت فـــيها كـــلمة"بينة" مكان"شهداء" لكان لهذا الرأي نوع من التوجيه، أما و لم ترد فلا وجه له إذاً.

٧- إن الشـــارع قـــد شدد في شروط اللعان حتى لا يقدم عليه كل من تســـول لـــه نفســـه قذف زوجته، ونفي الولد، بل لا يلجأ إليها إلا المضطر، وبذلك يقع الستر في الأعراض، كما أفاد الإمام ابن العربي – رحمه الله تعالى- بأن الحكمة في تكرار الشهادة أربع مرات هو تغليظ في الفروج والدماء حتى يقع الستر في الفروج والحقن في الدم [(١)].

أضـــف إلى ذلك أنه إذا كانت نتيجة العمل باللعان وبالبصمة الوراثية واحدة فلماذا يترك الحكم الشرعي ويؤخذ بغيره؟!

لكـــن مع ذلك يمكن أن يستعان بالبصمة الوراثية في تقليل حالات اللعان، فإذا كـــان الزوج في شك من ولد على فراشه، ويريد اللعان، فيمكن أن يؤمر أو يوجه إلى إجـــراء تحليل البصمة الوراثية، فربما أثبت التحليل بنوة المولود من الزوج فيعدل بذلـــك عـــن اللعان، ويلتئم شمل الأسرة، لكن لو أصر الزوج على اللعان فله حق ذلـــك، ولكن ينبغي أن يوعظ وينبه إلى أنه قد يدخل في وعيد من جحد ولده وهو ينظر إليه[(٢)].

هذا ما بدا لي والله أعلم بالصواب.

---

(١) انظر أحكام القرآن: ابن العربي ٣/١٣٤٤.

(٢) انظر: بحث (البصمة الوراثية و مدى حجيتها في إثبات و نفي النسب)، ص ٢١؛ بحث (البصمة الوراثية و مـــدى مشـــروعية استخدامها في النسب و الجناية)، ص ٢٨ –٣١؛ و بحث (البصمة الوراثية في ضوء الإسلام)، ص ١٨.

المطلب السادس
الضوابط الشرعية للعمل بالبصمة الوراثية

ومما ينبغي التنبيه عليه أن إثبات النسب بالبصمة الوراثية لا يمكن أن يتم إلا ضمن الضوابط الشرعية التالية:

أولاً: عند إجراء تحليل للبصمة الوراثية لا بد من توافر مجموعة من الشروط والضوابط، أهمها:

أ- أن يجرى التحليل بمختبرين معترف بهما، ويعمل كل منهما بمعزل عن الآخر ويفضل أن تكون هذه المختبرات تابعة للدولة.

ب- يشترط فيمن يتولى إجراء التحليل الشروط التي اشترطها الفقهاء في القائف وهي: الإسلام، والعدالة، وأن يكون مشهوراً بإصابة الهدف (أن يكون خبيراً ومجرَّباً).

أما الإسلام فلأن قوله يتضمن خبراً، أو حكما، أو شهادة-بناءً على اختلافهم في القائف: هل هو حاكم أم شاهد أم مخبر، أم مفت[1]-وقول غير المسلم لا يقبل في مثل هذا، إن كان متعلقا بمسلم، كما لا يقبل قول غير المسلم في تعيين القبلة وطهارة الماء أو نجاسته في استعماله للوضوء أو الغسل.

وأما العدالة؛ فلأن الهوى في هذا الباب يحمل على قول غير الحق طمعاً في المال أو لغير ذلك من الأسباب.

أما الخبرة والأهلية فوجه اشتراطها ظاهر لا يحتاج إلى تعليل.

ج- يشترط فيمن يتولى إجراء التحليل خلوّه من موانع الشهادة المعروفة.

---

(١) انظر أحكام النسب، ص ٣٢٥ – ٣٣٠.

د- يشـــترط أن يكون المحلل للبصمة أكثر من واحد ؛ لأنها شهادة -على قول بعض أهل العلم- ولا يقبل في الحقوق أقل من شاهدين؟

هـ- لا بـــد مـــن توافر جميع الضمانات المعرفية والمخبرية عند إجراء تحليل البصمة حتى تكون النتائج مضمونة، بإذن الله تعالى.

و- أن يجرى التحليل على أكثر من عينة من أعضاء البدن المختلفة[1].

ز- أن يكون إجراء التحليل بأمر وتوجيه من جهات مختصة.

ثانيـــاً: أن البصمة الوراثية ليست دليلا على فراش الزوجية؛ لأن الزوجية تثبت بالطـــرق الشـــرعية المعلومة، وقد يكون الإنجاب من علاقة غير شرعية، فبالتالي لا يصح إثبات النسب بالبصمة عند عدم وجود الفراش، ويكون الولد يلحق نسبه بأمه لا بأبيه.

ثالـــثـــاً: عدم قيام مانع شرعي من الإلحاق بواسطة البصمة الوراثية، فمثلاً لو نفـــى نســـب ولده من زوجته، فإنه يلاعنها ولا يلتفت إلى إثبات النسب بالبصمة الوراثـــية لأن الله ﷻشـــرع اللعان بين الزوجين عند نفي النسب، وإلغاء البصمة الوراثية في مثل هذه الحالة من باب تقديم أقوى الدليلين على أضعفهما، وذلك لأننا جعلنا البصمة في مترلة القيافة، فبالتالي تأخذ شروطها.

رابعـــاً: أن لا تخالف نتائج التحليل حكماً عقلياً مقرراً في الشريعة الإسلامية، كـــأن يثبـــت بنوة مولود لمن لا يولد لمثله، مثل الصبي الذي لم يبلغ، ونحو ذلك مما ذكره الفقهاء من شروط ثبوت النسب[2].

---

(١) انظر:"ندوة مدى حجية استخدام البصمة الوراثية لإثبات البنوة، ملخص الحلقة النقاشية"، ص ١٤؛ بحث (إثـــبات النسب بالبصمة الوراثية)، ص ١٧-١٨؛ و انظر أيضاً بحث (البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي) للأستاذ الدكتور علي محي الدين القره داغي، ص ٤٠-٤١.

(٢) انظر أحكام النسب، ص ٦٦ فما بعدها.

المطلب السابع
حكم تحقق صاحب النسب الثابت من نسبه باستخدام البصمة الوراثية

لقد أحاط الإسلام النسب بحصانة تامة حرصا على مصالح كبيرة للعباد، منها: الاستقرار في المعاملات بين الناس، وإثبات الأنساب وما يترتب عليها اجتماعياً، ونحو ذلك، ومن هنا فإن البحث والتشكيك في النسب وصحته بدافع التشهي والتأكد الزائد فيه فتح لباب الوساوس والظنون والشكوك والنزاعات والمشاكل الكثيرة التي أوصدتها الشريعة وسدت أبواب الذريعة إليها.

ومن المستغرب حقاً أن بعض الباحثين المعاصرين في الفقه قد نحا نحو فتح هذا الباب، ودعا الناس إليه، وطالب بإنشاء وفتح دعوى جديدة في القضاء تحت اسم (دعوى تصحيح النسب)[1] مسايرة-كما زعموا-لنعمة البصمة الوراثية، وأخذا بالعلم، وما دروا أن الغرب الذي اكتشف هذه البصمة يعاني هو نفسه اجتماعيا من هذا الأثر على التحديد ويدعو إلى تحجيمه وعدم اللجوء إليه إلا حال الاضطرار.

والذي يمكن قوله هنا: هو أن المسايرة للمستحدثات العصرية لا تكون بالانسياق نحوها جملة وتفصيلا، من غير إجالة النظر في مآلات الأحكام وقواعد الشرع وأصوله وواقع الناس، وإنما تكون المسايرة بوضع الإطار الشرعي الصحيح للجمع بين مقتضيات العصر ومحكمات الشرع، والأخذ بجوانب الخير الموجودة في المبتكرات العلمية، وحجر الناس ومنعهم عن الجوانب السيئة، فبمثل هذا النهج الوسط يتحقق الصواب الذي هو الحق إن شاء الله تعالى؛ لأن هذه الأمة أمة وسط.

---

(١) انظر بحث (البصمة الوراثية و مجالات الاستفادة منها، دراسة فقهية مقارنة): الدكتور سعد الدين هلالي ص ٢٢؛ و" البصمة الوراثية و قضايا النسب الشرعي": الباحث نفسه، المنشور في شبكة الإنترنت، على موقع" الإسلام على الإنترنت"، ص ٥.

وقـــد تطـــور الأمر بهؤلاء الباحثين -هداهم الله- إلى الدعوة لتسجيل البصمة الوراثية على قيد النفوس للمواليد وللزوج والزوجة، وهذا أمر فيه ما فيه من التكلف الـــذي تتنافى وروح الشريعة السمحة التي تركت للناس أمور معاشها على السهولة واليسر، والعمل بالظواهر، وإحسان الظن، وترك الشكوك والظنون السيئة.

نعـــم، إن دعت الحاجة إلى البصمة فهي موجودة، ويمكن عملها، فمن أصول الشـــريعة الغراء (الأصل براءة الذمة) ومعنى ذلك: أن القاعدة المستمرة في الشريعة هـــي أن الإنســـان بريء الذمة من وجوب شيء أو لزومه، وكونه مشغول الذمة خلاف الأصل[1].

أما أن نرهق المكلفين مالا ونفسا بإجراءات ما أنزل الله بها من سلطان فتحكم عليهم بما لا موجب له ولا مسوغ شرعي متيقنٍ منه، فهذا يتنافى مع أحكام الشريعة الإســـلامية وأصولها التي حرمت أموال المكلفين، ومنعت إلزامهم بأفعال وتصرفات إلا إذا كـــان ذلك بدليل شرعي ومسوغ واقعي عملي تقتضيه الضرورة والمصلحة الراجحة، وهذا ما ليس متحققاً فيما ذهب إليه أولئك الباحثون وفقهم الله، ولكن ذلك محض اجتهاد منهم يؤجرون عليه، إن شاء الله تعالى.

المطلب الثامن
الآثار الفقهية المترتبة على العمل بالبصمة الوراثية

أولاً: لقد أحدثت البصمة الوراثية ثورة وانقلابا في المجال العلمي الأحيائي، وذلك بلا شك سيمتد إلى جميع ميادين الحياة المختلفة، والعلوم المتصلة بهذا الشأن، ومن ذلك الفقه الإسلامي الذي تستدعي موارده وأصوله الاستفادة من هذا الحدث العـــلمي العظيم بما ينفع الناس في معاشهم، لذا فإن الآثار المترتبة عليه فقهاً لا ضير

(١) الأشباه و النظائر للسيوطي، ص٥٣؛ أشباه ابن نجيم، ص٥٩.

من الأخذ بها مادامت لا تؤدي إلى إبطال الأحكام الشرعية واضطراب أصولها، وإذا كان الأمر قاصرا على مجرد اختفاء بعض الفروع والمسائل والصور التي يتكلم عنها الفقهـــاء، فإن ذلك لا بأس به؛ لأن كل عصر له صوره ومسائله ومشكلاته النابعة مـــن تفاعل المجتمع وحركته الممتدة في جميع ميادين الحياة، فإذا تغير الزمان وتغيرت معطياته وعلومه وحقائقه فإن الحكم الشرعي الذي يمكن أن تتغير الوسائل الموصلة إلـــيه أو بعض الحجج التي تقام عليه، فلا بأس بتغيره تبعا لذلك؛ لأنه" لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان"(١).

ومن خلال النظر القاصر الذي أجلناه فيما ترتب فقهاً على هذه البصمة وجدنا أنـــه ســـيؤثر على اختفاء الصور والمسائل الفقهية التي جعل بعض الفقهاء نتيجتها إلحـــاق الولد بأكثر من والد في وقت واحد، وهذه نعمة من نعم الله على الناس ألا يوجـــد مثل هذا الحكم الذي يؤدي إلى آثار صعبة على الولد، فإن البصمة الوراثية تمـــنع منعا باتا وجود أكثر من والد، وتفصل في بيان الوالد الحقيقي ببرهان ساطع لاشـــك فـــيه تطمـــئن إليه القلوب وترتاح إليه الأنفس إذا طبق بشروطه العلمية والشـــرعية، لا سيما وأن العلم الحديث أثبت استحالة أن يخلق الإنسان الواحد من مـــاءين - كما قال علماؤنا من قبل فالحيوان المنوي الواحد يلقح بويضة واحدة، وإذا لقحـــت بويضة واحدة فلا يمكن أن تلقح بويضة بعدها بسبعة أيام، وهذا هو ظاهـــر القـــرآن الكـــريم، قـــال تعالى: ﴿ **يا أيُّها الناسُ إنَّا خَلَقْناكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وأُنْثَى** ﴾ [الحجرات: ١٣].

ومن المسائل التي ذكر الفقهاء أن الولد يلحق فيها بأبوين:

أ- إذا ادعى اللقيطَ رجلٌ وامرأةٌ معاً ألحق بهما؛ لإمكان كونه منهما بنكاح أو وطء بشـــبهة، فـــيكون ابـــنهما بمجـــرد الدعوى، وهو مذهب الحنفية والحنابلة (٢).

(١) مجلة الأحكام، ص ٢٠؛ و انظر أيضاً المدخل لابن بدران، ص ٤٤٩.
(٢) انظر: بدائع الصنائع ٦/ ٢٥٤؛ كشاف القناع ٤/٢٣٧.

ب-إذا ادعى نسب اللقيط رجلان، أو امرأتان وتساويا من كل وجه، ولم يكن مرجح لأحدهما على الآخر، فقد ذهب الحنفية إلى أنه يلحق بهما واستدلوا على ذلك بآثار ضعيفة عن عمر وعلي، رضي الله عنهما. (١)

ج- إذا وطئ رجلان امرأة واحدة في طهر واحد وطئا يلحق النسب بمثله فأتت بولد يمكن أن يكون منهما، فإن ألحقته القافة بأحدهما ألحق به، وإن ألحقته بهما ألحق بهما وهو قول الحنابلة (٢).

وذهب الشافعية والمالكية إلى أنه لا يلحق إلا بأحدهما، لكن قال بعض المالكية: إنه يعتبر ابناً لهما من حيث الإنفاق عليه ونحو ذلك إلى أن يبلغ فإذا بلغ قيل له: والِ أيَّهما شئت، ولا يكون لهما، بل لأحدهما (٣).

ثانياً: أن الاحتكام والرجوع إلى القافة سيقل بشكل كبير، وربما ينقرض كليًّا بعد أن وجدت هذه الوسيلة الدقيقة، وهذا من نعم الله ﷻ، ففي الوقت الذي يقل فيه القافة وتضمحل خبرتهم، وتفقدهم بعض الدول والمجتمعات الإسلامية يظهر الله للبشر وسيلة جديدة أكثر دقة ينتفعون بها في أبواب كثيرة، منها باب النسب.

---

(١) انظر: المبسوط ٧٠/١٧؛ و بدائع الصنائع ٢٤٤/٦؛ و المغني ٤٨/٦ – ٤٩.
و انظر الآثار المذكورة في: المصنف لعبد الرزاق ٣٥٩/٧؛ و شرح معاني الآثار ١٦٤/٤؛ و السنن الكبرى للبيهقي ٢٦٨/١٠؛ و نصب الراية ٢٩١/٣.
و قد يستغرب البعض نسبة هذا القول إلى هؤلاء الفقهاء مع علو مكانتهم، و يتساءل: كيف نسبوا الولد إلى رجلين أو أكثر، و هو أمر مستحيل عقلاً ؟
و قد أجاب شمس الأمة السرخسي – رحمه الله تعالى – على هذا السؤال بقوله:"إن ثبوت النسب من الرجل باعتبار الفراش، لا بحقيقة انخلاقه من مائه؛ لأن ذلك لا طريق إلى معرفته. و لا باعتبار الوطء؛ لأنه سر عن غير الواطئين، فأقام الشرع الفراش مقامه تيسيراً ....، و الحكم المطلوب من النسب الميراث والنفقة و الحضانة و التربية، و هو يحتمل الاشتراك، فيقضى به بينهما" اهـ. المبسوط ٧٠/١٧-٧١.
(٢) انظر: المغني ٤٨/٦؛ كشاف القناع ٤٢٦/٥؛ الإنصاف ٢٦٩/٩.
(٣) انظر: الأم ١٧/٥؛ المهذب ٤٣٧/١؛ روضة الطالبين ٤٣٩/٥؛ و بداية المجتهد ٢٦٩/٢؛ القوانين الفقهية، ص ٢٦٤؛ الشرح الكبير ٢٦١/٢؛ حاشية الدسوقي ٤/ ٤١٣ – ٤١٤؛ التاج و الإكليل ٣٥٩/٦.

ولا يعـــني ذلك أن نقلل من أهمية شأن ما كتبه العلماء عن علم القافة أو ألفوا فـــيه بل هو علم ينتفع به، وقد تكون هي الوسيلة الوحيدة في بعض الدول التي لا تســـتطيع الأخـــذ بالوســـائل العلمية الحديثة لضعف إمكانياتها أو لنحو ذلك من الأسباب.

ثالثاً: أن البصـــمة الوراثـــية ستخفف من الرجوع إلى اللعان لنفي النسب، حيـــث يكـــون للناس سعة في الأمر، فلا يلجؤون إلى اللعان إلا في أضيق الحالات، وعند القناعة الذاتية أو ثبوت التلاعب بالبصمة الوراثية، ونحو ذلك.

رابعاً: قد يظهر لبعض القضاة أن يضيف إلى دليل البينة عند إثبات النسب أخذ تحاليل البصمة الوراثية إذا رأى في البينة نقصاً، أو كانت البينة شاهداً واحداً، وذلك من باب التكميل.

الخاتمـــــة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، يغفر الذنوب ويعفو عن السيئات، وبعد:

فأســـتطيع أن ألخص أبرز النتائج التي توصلت إليها من خلال هذا البحث على النحو التالي:

١- يـــتفرد كـــل شخص ببصمة وراثية خاصة له، لا يمكن أن تشبه البصمة الوراثية لأي شخص آخر إلا بين التوأمين المتماثلين، فبالتالي تعتبر البصمة الوراثية وسيلة دقيقة للتميز بين الأشخاص.

٢- يجـــوز الاعـــتماد عـــلى البصمة الوراثية في مجال إثبات هوية الشخص والـــتحقق من شخصيته، كما يجوز الاعتماد عليها في المجال الجنائي في غير الحدود والقصاص، أما الاعتماد عليها في الحدود والقصاص فمحل نظر.

٣- يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في إثبات النسب.

٤- تقـــع البصمة الوراثية في مترلة القيافة بين طرق إثبات النسب، ولا يجوز أن تتقدم على الطرق الشرعية التي اتفق الفقهاء على ثبوت النسب بها.

٥- هـــناك طريق واحدة لنفي النسب الثابت بالطرق الشرعية وهي اللعان، ولا يجوز الاعتماد على نتائج تحليل البصمة الوراثية في ذلك.

٦- لا يجوز الاستغناء بالبصمة الوراثية عن اللعان.

هـــذه أبرز النتائج التي توصلت إليها في هذا البحث، فإن كنت مصيباً في ذلك فلـــله الحمد والمنة، وإن كان غير ذلك فأستغفر الله العظيم، وأعتذر بقولـــــه ﷻ: **﴿لا يُكَلِّفُ اللهُ نَفْسًا إلاَّ وُسْعَها﴾**، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين، ومن اهتدى بهداه إلى يوم الدين.

فهرس المصادر والمراجع

- أبجد العلوم: صديق حسن خان القنوجي، ت ١٣٠٧ هـ، بتحقيق: عبد المجيد زكار، طبعة عام ١٣٠٧ هـ، دار الكتب العلمية، بيروت.
- إثبات النسب بالبصمة الوراثية: الدكتور محمد سليمان الأشقر، بحث مقدم إلى ندوة "الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، رؤية إسلامية، المنعقدة بدولة الكويت في ١٣ – ١٥ أكتوبر ١٩٩٨م.
- الإجماع: محمد بن إبراهيم بن المنذر، ت ٣١٨ هـ، بتحقيق د. فؤاد عبد المنعم أحمد، الطبعة الثالثة، ١٤٠٢ هـ، دار الدعوة، الإسكندرية.
- الإحكام في أصول الأحكام: علي بن محمد الآمدي، ت ٦٣١ هـ، بتحقيق د.سيد الجميلي، الطبعة الأولى، ١٤٠٤ هـ، دار الكتاب العربي، بيروت.
- أحكام القرآن: القاضي أبو بكر، محمد بن عبد الله، الشهير بابن العربي، المتوفى ٥٤٣ هـ، بتحقيق علي محمد البجاوي، ١٣٩٤ هـ، عيسى البابي.
- أحكام النسب في الشريعة الإسلامية: الدكتور /علي محمد يوسف المحمدي، الطبعة الأولى، ١٤١٤ هـ، دار قطري بن الفجاءة، قطر.
- الأساليب الوراثية لإثبات النسب: الدكتور وجدي سواحل (بحث منشور في شبكة الإنترنت، على موقع: الإسلام على الإنترنت).
- الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار: يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري، القرطبي، ت ٤٣٦ هـ، بتحقيق د.عبد المعطي أمين قلعجي، الطبعة الأولى، ١٤١٤ هـ، دار قتيبة، دمشق.
- الاستصلاح والمصالح المرسلة في الشريعة: مصطفى الزرقاء، الطبعة الأولى، ١٤٠٨ هـ، دار القلم، دمشق.

- الاستيعاب في معرفة الأصحاب: ابن عبد البر، القاهرة، المكتبة التجارية الكبرى، عام ١٣٥٨هـ.
- أسد الغابة في معرفة الصحابة: عز الدين أبو الحسن علي بن محمد الشهير بابن الأثير الجزري، ت ٦٣٠، دار الفكر.
- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية: الإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، المتوفى سنة ٩١١هـ، الطبعة الأولى، ١٤٠٣، دار الكتب العلمية، بيروت.
- الأشباه والنظائر: زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، ت ٩٧٠هـ، الطبعة الأولى، تحقيق محمد مطيع حافظ، دمشق، دار الفكر، عام ١٤٠٣هـ.
- الإصابة في تمييز الصحابة: الحافظ أحمد بن علي، ابن حجر العسقلاني، ت ٨٥٢ هـ، دار الكتب العلمية، بيروت.
- الأعلام: خير الدين الزركلي – دار العلم للملايين – بيروت.
- إعلام الموقعين عن رب العالمين: محمد بن أبي بكر (ابن قيم الجوزية)، ت ٧٥١ هـ بتحقيق طه عبد الرؤوف سعد،-١٩٧٣ م، دار الجيل، بيروت.
- الإقناع: أبو الحسن بن حبيب الماوردي، ت ٤٥٠ هـ.
- الإقناع في حل ألفاظ أبي الشجاع: محمد الشربيني الخطيب، ١٤١٥ هـ، دار الفكر، بيروت.
- الأم: الإمام أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي المتوفى سنة ٢٠٤هـ، الطبعة الثانية، ١٣٩٣، دار المعرفة، بيروت.
- الأنساب: أبو سعد عبد الكريم بن محمد السمعاني، ت ٥٦٢ هـ الناشر: محمد أمين دميج – مطبعة محمد هاشم الكتبي – بيروت-الطبعة الأولى ١٣٦٩ هـ.

- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد: علي بن سليمان المرداوي، ت ٨٨٥ هـ، ت: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق: الإمام العلامة والنحرير الفهامة فقيه عصره ووحيد دهره محرر المذهب النعماني وأبي حنيفة الثاني الشيخ زين الدين الشهير بابن نجيم، ت ٩٧٠ هـ، دار المعرفة، بيروت.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء المتوفى سنة ٥٨٧ هـ، الطبعة الثانية، ١٩٨٢م، دار الكتاب العربي، بيروت.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد، القرطبي، ت ٥٩٥ هـ، دار الفكر، بيروت.
- البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن التاسع: لمحمد بن علي الشوكاني، ت ١٢٥٠ — الطبعة الأولى، ١٣٤٨، مطبعة السعادة، القاهرة.
- البرهان في أصول الفقه: أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله الجويني، ت ٤٧٨ هـ بتحقيق د.عبد المعطي محمود الديب، الطبعة الرابعة، دار الوفاء، المنصورة، مصر.
- البصمة الوراثية تكشف المستور: نهى سلامة (بحث منشور في شبكة الإنترنت، على موقع: الإسلام على الإنترنت).
- البصمة الوراثية في ضوء الإسلام ومجالات الاستفادة منها: د.عبد الستار فتح الله سعيد، بحث مقدم إلى المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي، شوال سنة ١٤٢٢ هـ.
- البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي: أ.د. علي محي الدين القره داغي، بحث مقدم إلى المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي، في شوال سنة ١٤٢٢ هـ.
- البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب إثباتاً أو نفياً: الدكتور نجم عبد الواحد، بحث مقدم إلى المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي، في شوال سنة ١٤٢٢ هـ.

- البصمة الوراثية وقضايا النسب الشرعي: الدكتور سعد الدين هلالي، بحث منشور في شبكة الإنترنت، على موقع (الإسلام على الإنترنت).
- البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها: الأستاذ الدكتور وهبة مصطفى الزحيلي، بحث مقدم إلى المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي، في شوال سنة ١٤٢٢ هـ.
- البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، دراسة فقهية مقارنة: أ.د.سعد الدين هلالي، بحث مقدم إلى المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي، شوال سنة ١٤٢٢ هـ.
- البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها: الأستاذ الدكتور نصر فريد واصل مفتي الديار المصرية، بحث مقدم إلى المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي، في شوال سنة ١٤٢٢ هـ.
- البصمة الوراثية ومدى حجيتها في إثبات ونفي النسب: الدكتور سعد العنــزي.
- البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية:د.عمر بن محمد السبيل، بحث مقدم إلى المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي، شوال سنة ١٤٢٢هـ.
- بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة: جلال الدين عبد الرحمن السيوطي ت ٩١١ ت محمد أبي الفضل إبراهيم – مطبعة عيسى البابي وشركاه، القاهرة – الطبعة الأولى ١٣٤٨ هـ.
- التاج والإكليل: محمد بن يوسف أبي عبد الله العبدري، المشهور بالمواق، ت ٨٩٧ هـ، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت.
- التعريفات: علي بن محمد الجرجاني، ت ٨١٦ هـ، بتحقيق إبراهيم الأبياري، الطبعة الأولى، ١٤٠٥ هـ، دار الكتاب العربي، بيروت.
- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد: ابن عبد البر، ت: مصطفى بن أحمد العلوي ومحمد بن عبد الكبير البكري – الطبعة الثانية – المملكة المغربية.
- الثمر الداني شرح رسالة القيرواني: صالح عبد السميع الآبي الأزهري، المكتبة الثقافية، بيروت.

- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: محمد عرفة الدسوقي، ت ١٢٣٠هـ ، دار الفكر، بيروت.
- حاشية البجيرمي: سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي، المكتبة الإسلامية، ديار بكر، تركيا.
- حاشية الشرقاوي على التحرير: عبد الله الحجازي (الشرقاوي) دار الكتب العربية الكبرى، ومصطفى البابي.
- الحمض النووي وسيلة دقيقة لتمييز الأفراد: الدكتور أحمد سامح، بحث منشور في شبكة الإنترنت، على موقع alraialaam.com.
- دور البصمة الوراثية في اختبارات الأبوة: الدكتورة صديقة العوضي، والدكتور رزق النجار، بحث مقدم إلى ندوة" الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، رؤية إسلامية، المنعقدة بدولة الكويت في ١٣ – ١٥ أكتوبر ١٩٩٨ م.
- الذيل على طبقات الحنابلة: عبد الرحمن بن أحمد البغدادي (ابن رجب)، ت ٧٩٥ هـ، دار المعرفة، بيروت.
- رد المحتار على الدر المختار(حاشية ابن عابدين): محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، ت ١٢٥٢هـ، الطبعة الثانية، ١٣٨٦، دار الفكر، بيروت.
- روضة الطالبين: الإمام يحي بن شرف النووي، ت ٦٧٦ هـ، الطبعة الثانية، ١٤٠٥ هـ، المكتب الإسلامي، بيروت.
- زاد المعاد في هدي خير العباد: محمد بن أبي بكر (ابن قيم الجوزية)، ت ٧٥١هـ. تحقيق الأرناؤوط، بيروت، مؤسسة الرسالة، عام ١٤٠٥هـ.
- سنن أبي داود: سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، ت ٢٧٥هـ، راجعه على عدة نسخ خطية وضبط أحاديثه وعلق حواشيه: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر، بيروت.

- السنن الكبرى: الإمام البيهقي، الطبعة الأولى، الهند – ١٣٤٤ هـ.
- سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي، وحاشية الإمام السندي، المكتبة التجارية الكبرى لصاحبها مصطفى محمد، المطبعة المصرية بالأزهر.
- سير أعلام النبلاء: للحافظ الذهبي، أشرف على تحقيقه: شعيب الأرنووط – مؤسسة الرسالة بيروت – الطبعة الأولى ١٤٠١ هـ.
- شرح الخرشي على مختصر خليل: محمد بن عبد الله بن علي الخرشي، ت ١١٠١هـ، طبعة مصورة عن طبعة بولاق، بيروت، دار صادر، ١٣١٨هـ.
- شرح الزرقاني: محمد بن عبد الباقي الزرقاني، ت ١١٢٢ هـ، طبعة ١٤١١ هـ دار الكتب العلمي، بيروت.
- الشرح الكبير على مختصر خليل: أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، ت١٢٠١هـ، دار الفكر، بيروت.
- شرح فتح القدير: محمد بن عبد الواحد السكندري المعروف بابن الهمام، ت ٨٦١ هـ، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت.
- شرح منتهى الإرادات: الشيخ منصور بن يونس البهوتي المتوفى سنة ١٠٥١هـ، دار الجيل سنة ١٣٨١هـ.
- شرح معاني الآثار: الإمام محمد بن جعفر الطحاوي، ت ٣٢١ هـ، بتحقيق محمد زهري النجار، الطبعة الأولى، ١٣٩٩ هـ ، دار الكتب العلمية، بيروت.
- صحيح البخاري: أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، ت ٢٥٦، بتحقيق د.مصطفى ديب البغا، الطبعة الثالثة، دار ابن كثير ، دار اليمامة، ١٤٠٧.
- صحيح مسلم: مسلم بن الحجاج القشيري، ت ٢٦١هـ، الطبعة الأولى، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت، دار إحياء التراث، عام ١٣٧٥هـ.
- صحيح مسلم بشرح النووي: الإمام النووي، الطبعة الثانية، ١٣٩٢ هـ، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

- طبقات الشافعية الكبرى: لتاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، ت ٧٧١ – ت: محمود محمد الطناحي وعبد الفتاح محمد الحلو – دار إحياء الكتب العربية، القاهرة.
- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: الإمام ابن القيم، بتحقيق د. محمد جميل غازي، مطبعة المدني، القاهرة.
- عالم الجينات: الدكتور بهجت عباس علي، الطبعة الأولى، ١٩٩٩، دار الشروق عمان الأردن.
- العلاج الجيني واستنساخ الأعضاء البشرية: الدكتور عبد الهادي مصباح، الطبعة الأولى، ١٤٢٠ هـ، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة.
- علم حياة الإنسان: د.عايش زيتون، الطبعة الأولى، ١٩٩٤ م، دار الشروق، بيروت.
- فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب: زكريا بن محمد، أبو يحيى الأنصاري، المتوفى ٩٢٦ هـ، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ، دار الكتب العلمية، بيروت.
- الفروع: محمد بن مفلح أبو عبد الله المقدسي، ت ٧٦٢ هـ، بتحقيق أبي الزهراء حازم القاضي، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ، دار الكتب العلمية، بيروت.
- الفقه الإسلامي وأدلته: أ.د. وهبة الزحيلي، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ، دار الفكر، دمشق.
- الفواكه الدواني: أحمد بن غنيم النفراوي المالكي، ت ١١٢٥ هـ، طبعة عام ١٤١٥ هـ، دار الفكر، بيروت.
- قضية الخلق في معيار العلم الحديث: محاضرة ألقاها بجامعة السلطان قابوس الدكتور زغلول النجار عميد معهد مارك فيلد للدراسات العليا بإنكلترا بعنوان" "، والمنشورة بشبكة الإنترنت، على موقع "a lwatan.com".
- القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في كتابي الطهارة والصلاة: ناصر بن عبد الله الميمان، الطبعة الأولى، مكة المكرمة، مطابع جامعة أم القرى ١٤١٦هـ.
- القوانين الفقهية: محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي، ت ٧٤١ هـ.

- الكافي في فقه أهل المدينة: ابن عبد البر، الطبعة الأولى، ١٤٠٧ هـ، دار الكتب العلمية، بيروت.
- كشاف القناع على متن الإقناع. الشيخ منصور بن يونس البهوتي، المتوفى سنة ١٠٥١هـ، بتحقيق هلال مصيلحي، ١٤٠٢ هـ، دار الفكر، بيروت.
- لسان العرب: محمد بن مكرم بن منظور، ت ٧١١ هـ، بيروت، دار صادر، عام ١٣٨٨هـ.
- المبدع: إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي، ت ٨٤٤ هـ، طبعة عام ١٤٠٠ هـ، المكتب الإسلامي، بيروت.
- المبسوط: شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي٤٩٠هـ، دار المعرفة بيروت.
- المجموع شرح المهذب: الإمام النووي، بتحقيق محمود مطرحي، الطبعة الأولى، ١٤١٧ هـ، دار الفكر، بيروت.
- المجلة (مجلة الأحكام العدلية): تأليف جمعية المجلة، بتحقيق نجيب هواويني، كار خانة كتب تجارت.
- المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد: عبد السلام بن عبد الله بن تيمية الحراني، ت ٦٥٢ هـ، الطبعة الثانية، ١٤٠٤ هـ، مكتبة المعارف الرياض.
- محضر اجتماع اللجنة العلمية بالرياض"المنبثقة عن المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي" عام ١٤٢٠ هـ
- المحلى بالأحاديث والآثار: الإمام أوي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم المتوفى سنة ٤٥٦هـ، بتحقيق لجنة إحياء التراث العربي، دار الآفاق الجديدة، بيروت.
- المدخل الفقهي العام: مصطفى الزرقاء، الطبعة العاشرة، دمشق، مطبعة طربين، عام ١٣٨٧هـ.
- المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل: عبد القادر بن بدران الدمشقي المتوفى، ١٣٤٦ هـ، بتحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة بيروت.

- المدخل الإسلامي للهندسة الوراثية: الأستاذ الدكتور سالم نجم.
- المدونة الكبرى: الإمام مالك بن أنس، ت ١٧٩ هـ، دار صادر، بيروت.
- مراتب الإجماع: لإمام ابن حزم، دار الكتب العلمية، بيروت.
- المصنف: عبد الرزاق الصنعاني، ت ٢١١هـ، بتحقيق حبيب الرحمن الأعظمي – المجلس العلمي الطبعة الأولى ١٣٩٢هـ.
- المصنف: أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة، ت ٢٣٥ هـ، بتحقيق كمال يوسف الحوت، الطبعة الأولى، ١٤٠٩ هـ، مكتبة الرشد، الرياض.
- المعجم الوسيط: إبراهيم أنس وزملائه، طبع عام ١٩٨٥ م، إدارة إحياء التراث الإسلامي بدولة قطر.
- المغني:عبد الله بن أحمد بن قدامة، ت٦٢٠هـ، الطبعة الأولى،١٤٠٥هـ، دار الفكر، بيروت.
- مغني المحتاج: محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت.
- المقدمات الممهدات: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، ت ٥٢٠ هـ، بتحقيق د. محمد حجي، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي.
- المنتقى: القاضي أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، ت ٤٩٤ هـ، مصورة عن الطبعة الأولى، ١٣٣٢ هـ، دار القلم، بيروت.
- الموافقات في أصول الشريعة: إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي، الشاطبي ت ٧٩٠ هـ بتحقيق عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت.
- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل: أبو عبد الله بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المعروف بالحطاب، توفي سنة ٩٥٤هـ، الطبعة الثانية، ١٣٩٨ هـ، دار الفكر، بيروت.
- الموسوعة العربية العالمية – مؤسسة أعمال الموسوعة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ١٤١٩ هـ، الرياض.
- الموطأ: الإمام مالك بن أنس، ت: محمد فؤاد عبد الباقي – دار الحديث، مصر.

- ندوة مدى حجية استخدام البصمة الوراثية لإثبات البنوة" المنعقدة بدولة الكويت يومي الأربعاء والخميس ٢٨ – ٢٩ / ١ / ١٤٢١ هـ (ملخص الحلقة النقاشية)
- ندوة" الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، رؤية إسلامية" المنعقدة بدولة الكويت في ١٣ – ١٥ أكتوبر ١٩٩٨ م.
- نصب الراية لأحاديث الهداية:عبد الله بن يوسف الزيلعي، ت ٧٦٢ هـ، دار الحديث.
- النهاية في غريب الحديث والأثر: أبو السعادات المبارك بن محمد بن الجزري، الشهير بابن الأثير، ت ٦٠٦ هـ، بتحقيق: محمود الطناحي، وطاهر أحمد الزاوي دار إحياء الكتب العربية.
- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة الرملي، ت ١٠٠٤ هـ، الطبعة الأخيرة، القاهرة، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، ١٣٨٦هـ.
- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار: محمد بن علي الشوكاني، ت ١٢٥٥ هـ، طبعة عام ١٩٧٣ م، دار الجيل، بيروت.
- الهداية شرح البداية: برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني، المتوفى ٥٩٣ هـ، المكتبة الإسلامية، بيروت.
- الوسيط: الإمام أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، ت ٥٠٥ هـ ، بتحقيق محمود إبراهيم، ومحمد محمد تامر، الطبعة الأولى، ١٤١٧ هـ، دار السلام، القاهرة.

أحكام اللباس للرجال

دراسة فقهية مقارنة

د. محمد عبد الرزاق السيد إبراهيم الطبطبائي

عميد كلية الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة الكويت

ملخص:

من رحمة الله تعالى أن جعل الناس بحاجة إلى اللباس، ليقيهم الحر والبرد، والحاجة إليه كالحاجة إلى الطعام والشراب، لستر العورة، ولدفع الحر والبرد، ويتقي به سلاح العدو، ويتزين به.

وقد تناولت هذه الدراسة أهم المشاكل في أحكام اللباس، وبالتحديد لباس الرجل في أربعة مباحث:

المبحث التمهيدي: مفهوم اللباس وحكمته وآدابه.

الأول: مفهوم اللباس من جهة اللون.

الثاني: بأحكام اللباس من جهة مادته.

الثالث: أحكام اللباس من جهة الهيئة.

مقدمة:

الحمـــد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

فمـــن رحمـــة الله تبارك وتعالى بالناس، أن بين لهم كل ما يحتاجون إليه، قال تعـــالى: ﴿**ما فرطنا في الكتاب من شيء**﴾(١)، وهـــو الشأن الذي من أجله أُرســـل المصطفى ﷺ، حيث قال تعالى: ﴿**وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين**﴾(٢).

ومـــن رحمـــة الله تعالى أن جعل الناس بحاجة إلى اللباس؛ ليقيهم الحر والبرد، وليـــتذكروا أنه كما أن البدن بحاجة إلى اللباس، فإنّ الخلق والسلوك بحاجة إلى خير لـــباس، وهـــو لباس التقوى(٣)، قال تعالى: ﴿ **يا بني آدم قد أنزلنا عليكم لباساً يواري سوءاتكم وريشاً ولباس التقوى ذلك خير**﴾(٤)، فأخبر الله سبحانه بنعمته على بني آدم بما أنزله من اللباس الذي يواري سوءاهم، ومن الريش(٥)، قال ابن عباس: لباس التقوى هـــو العمـــل الصـــالح، وعنه أيضا: السَّمت الحسن(٦)، وقيل: لباس التقوى لباس الصوف، والخشن من الثياب، بما يتواضع به لله تعالى، ويتعبد له خير من غيره(٧).

والحاجـــة إلى اللباس كالحاجة إلى الطعام والشراب؛ لستر العورة، ولدفع الحر والبرد، ويتقى به سلاح العدو(٨)، ويتزين به، قال تعالى: ﴿**وجعل لكم سرابيل تقيكم**

---

(١) سورة الأنعام، الآية: ٣٨.
(٢) سورة الأنبياء، الآية: ١٠٧.
(٣) تفسير القرطبي (١٨٤/٧).
(٤) سورة الأعراف، الآية: ٢٦.
(٥) بدائع الصنائع (٢٤/٤)، والمغني (٢٢/١٠)، والفتاوى (١٥١/٢٢).
(٦) تفسير الطبري (١٤٩/٨).
(٧) تفسير القرطبي (١٨٥/٧).
(٨) الاستقامة (١٦٩/٢).

الحرَّ وسرابيلَ تقيكم بأسكم كذلك يُتم نعمته عليكم لعلكم تسلمون﴾[1]، وقـــال تعالى: **﴿وعَلمناه صَنعة لبوس لكم لتُحصنكم من بأسكم ﴾**[2]، وقال تعالى: **﴿ ومن كلٍ تأكلون لحماً طرياً وتستخرجون حليةً تلبسونها ﴾**[3].

وفي هـــذه الدراســـة سأتناول أهم المسائل في أحكام اللباس، وقد خصصته في الأحكام المتعلقة بلباس الرجل، وذلك في أربعة مباحث، وهي كما يلي:

المبحث التمهيدي: مفهوم اللباس، وحكمته، وآدابه.

المبحث الأول: أحكام اللباس من جهة اللون.

المبحث الثاني: أحكام اللباس من جهة مادته.

المبحث الثالث: أحكام اللباس من جهة الهيئة.

وأختتم الدراسة بذكر أهم نتائج التي توصلت إليها، والله ولي التوفيق.

---

(١) سورة النحل، الآية: ٨١.
(٢) سورة الأنبياء، الآية: ٨٠.
(٣) سورة فاطر، الآية: ١٢.

المبحث التمهيدي

مفهوم اللباس، وحكمته، وآدابه

تعريف اللباس:

اللباس لُغةً ما يُلبس، واللُّبس بالضم، مصدر قولك لبستُ الثوب، ألبَسُ، وكذا الملبس، واللبس بالكسر مثله، وجمع اللباس لبس، مثل كتاب وكتب، وملابس، وثوب لبيس إذا أكثر لبسه، واللبوس ما يلبس[1]، ومنه قوله تعالى:﴿**وعلمناه صنعة لبوس لكم**﴾[2].

وفي الاصطلاح هو المعنى اللغوي ذاته.

حكمة اللباس:

لقد خص الله تعالى الناس -دون غيرهم- بالحاجة للباس؛ للوقاية من الحر والبرد، والسلاح، وللتجمل؛ لينتبه الناس إلى أن النفس كذلك بحاجة إلى ما يحميها من هلاكها، وإلى التجمل والتزين، من خلال التمسك بتعاليم الله تعالى، قال تعالى: ﴿**يا بني آدم قد أنزلنا عليكم لباساً يواري سوءاتكم وريشاً ولباسُ التقوى ذلك خير** ﴾[3]، قال ابن كثير: لما ذكر اللباس الحسي، نبه مرشدا إلى اللباس المعنوي[4]، وقد قيل:

إذا المرء لم يلبس ثيابا من التقى
تقلب عريانا وإن كان كاسيا
وخير لباس المرء طاعة ربه
ولا خير فيمن كان لله عاصيا[5]

---

(١) الصحاح ٧٦٨/١، المصباح المنير (٥٤٨/٢)، لسان العرب (٢٠٢/٦)، ومختار الصحاح (٢٤٦/١).
(٢) سورة الأنبياء، الآية: ٨٠.
(٣) سورة الأعراف، الآية: ٢٦.
(٤) تفسير ابن كثير (٢٤٠/١).
(٥) تفسير القرطبي (١٨٤/٧).

آداب اللبس:

هناك العديد من السنن التي يسن للمسلم أن يفعلها عند اللبس، ومنها ما يلي:

١- النية الصالحة:

لقد أمرنا الله تعالى باللباس، وجعل خلقة الإنسان لا تتحمل الحر والبرد، فيحتاج إلى دفع ذلك بالكسوة، فهو نظير الطعام والشراب[١]، والمسلم إذا لبس ونيته التقرب إلى الله تعالى، بستر العورة المأمور بسترها، ودفع الضرر الذي يقع على البدن، من الحر، والبرد، يؤجر على نيته الصالحة، كما أن بعض العبادات، كالصلاة، لا يقدر المسلم على أدائها إلا بستر العورة.[٢] قال تعالى: ﴿**يا أيها الذين آمنوا خذوا زينتكم عند كل مسجد**﴾[٣]، أي: ما يستر عوراتكم عند الصلاة.[٤]

٢- أن يبدأ بحمد الله:

يستحب البدء بحمد الله تعالى على نعمة اللباس، فعن معاذ بن أنس ﷺ قال: "من لبس ثوبا جديدا، فقال: الحمد لله الذي كساني هذا، ورزقنيه من غير حول مني ولا قوة، غفر الله له ما تقدم من ذنبه وما تأخر"[٥].

٣. يبدأ اللبس باليمين:

لقد كان النبي ﷺ يعجبه التيمن في شأنه كله[٦]، عن أبي هريرة ﷺ قال: كان النبي ﷺ إذا لبس قميصا بدأ بميامنه.[٧]

---

(١) مجمع الأنهر ١٩٠/٤.
(٢) مجمع الأنهر ١٩٠/٤.
(٣) سورة الأعراف، الآية: ٣١.
(٤) مجمع الأنهر ١٩٠/٤.
(٥) أبو داود ٤٠٢٣(٤٢/٤).
(٦) أحمد ٢٤٦٧١ (٩٤/٦)، والترمذي ٦٠٨(٥٠٦/٢).
(٧) ابن حبان ٥٤٢٢(٢٤١/١٢) والترمذي ١٧٦٦ (٢٣٨/٤).

٤- أن يبدأ النزع بالشمال:

يستحب التياسر في خلع الثوب والسراويل ونحو ذلك، قياساً على الخف، فعن أبي هريرة عن النبي ﷺقال: إذا انتعل أحدكم فليبدأ باليمين، وإذا نزع فليبدأ بالشمال[١].

٥- التجمل في الثياب:

لقد حثت الشريعة الإسلامية على التجمل، والتجمل هو: القدر من اللباس الزائد عما يدفع به حاجة البدن،الذي يتخذه الإنسان للزينة، وإظهار نعمة الله تعالى [٢].

ذهب الحنفية إلى أن التجمل مباح[٣].

وقال الحنابلة: الثوب الجميل للتزين في الأعياد، والجمع، ولمجامع الناس، لا في جميع الأوقات؛ لأنه صلت وخيلاء، وربما يغيظ المحتاجين[٤].

وذهب بعض العلماء إلى أن السنة أن يكون الإنسان رث الهيئة؛ لحديث: "البذاذة من الإيمان"[٥]، ومعنى البذاذة: أي يكون رث الهيئة، ومعنى الحديث أن التواضع في اللباس، ولبس ما لا يؤدي إلى الخيلاء والكبر من الإيمان[٦].

---

(١) أحمد ٧١٧٩ (٢/٢٣٣) وابن حبان ٥٤٥٥ (١٢/٢٧٠).
(٢) مجمع الأنهر ٤/١٩٠
(٣) الفتاوى الهندية (٥/٣٣٣).
(٤) مجمع الأنهر ٤/١٩١.
(٥) سنن ابن ماجة ٤١١٨ (٢/١٣٧٩)، وأبو داود ٤١٦١ (٤/٧٥).
(٦) المغربي (١/٦٤).

قـال أحمـد في رواية الجماعة: هو التواضع في اللباس[1]. ويستدل لهذا القسم بقولـه تعالى: ﴿**قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده والطيبات من الرزق قل هي للذين آمنوا في الحياة الدنيا خالصة يوم القيامة**﴾[2].

وقول المصطفى ﷺ: "إن الله يحب أن يُرَى أثر نعمته على عبده "[3]. أي إذا أتاه الله مالا فلير أثره عليه، بأن يلبس ثيابا تليق بحاله من النفاسة والنظافة[4].

قال القرطبي: "ومن آثار النعمة البناء الحسن، والثياب الحسنة"[5].

وروى النسـائي عـن مالك بن نضلة الجشمي، قال كنت عند رسول الله ﷺ جالسـا، فرآني رث الثياب، فقال: "ألك مال ؟ "، قلت: نعم يا رسول الله، من كل المال، قال: "إذا آتاك الله مالاً، فلير أثره عليك"[6].

قـال ابـن حجر: أي بأن يلبس ثيابا تليق بحاله من النفاسة، والنظافة؛ ليعرفه المحتاجون للطلب منه، مع مراعاة القصد، وترك الإسراف، جمعاً بين الأدلة[7].

وعن أبي الأحوص عن أبيه أنه أتى النبي ﷺ في ثوب دون، فقال لـه النبي ﷺ: " ألـك مال"، فقال: نعم، من كل المال، قال: من أي المال، قال: قد آتاني الله من الإبـل، والغنم، والخيل، والرقيق، قال: "فإذا آتاك الله مالاً، فلير عليك أثر نعمة الله وكرامته "[8].

---

(١) كشاف القناع (١/٢٨٦).
(٢) سورة الأعراف، الآية: ٣١.
(٣) أحمد ٨٠٩٢ (٢/٣١١)، والترمذي ٢٨١٩ (٥/١٢٣).
(٤) فتح الباري (١٠/٢٦٠).
(٥) تفسير القرطبي (٧/٢٣٩).
(٦) سنن النسائي ٥٢٢٣ (٨/١٨٠)، وفتح الباري (١٠/٢٦٠).
(٧) فتح الباري (١٠/٢٦٠).
(٨) سنن النسائي ٥٢٢٤ (٨/١٨١)، وسنن الترمذي ٢٠٠٦ (٤/٣٦٤).

ولحديث عبدالله بن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ: "لا يدخل النار من كان في قلبه مثقال حبة من إيمان، ولا يدخل الجنة من كان في قلبه مثقال حبة من كبر "، فقال رجل: يا رسول الله، إنه يعجبني أن يكون ثوبي غسيلا، ورأسي دهينا، وشراك نعلي جديداً، وذكر أشياء، حتى علاقة سوطه، فمن الكبر ذلك يا رسول الله ؟ قال: لا ذاك الجمال، إن الله ﷻ جميل يحب الجمال، ولكن الكبر من سفه الحق، وازدرى الناس"[1].

وعن سهل بن الحنظلية قال: كنا مع رسول الله ﷺ فقال: إنكم قادمون على إخوانكم، فأصلحوا رحالكم، وأصلحوا لباسكم، حتى تكونوا في الناس كأنكم شامة، فإن الله لايحب الفحش، ولا التفحش "[2].

وعن ابن عباس قال: لما خرجت الحرورية، أتيت عليا، فقال: ائت هؤلاء القوم، فلبست أحسن ما يكون من حلل اليمن، فأتيتهم، فقالوا: مرحبا بك يا ابن عباس، ما هذه الحلة ؟ قلت: ما تعيبون علي ؟ لقد رأيت رسول الله ﷺ أحسن ما يكون من الحلل[3].

ودخل رجل من أصحابه يوما وعليه رداء خز[4]، فقال عليه السلام:"إن الله تعالى إذا أنعم على عبد نعمة أحب أن يرى أثر نعمته عليه"[5].

قال الصنعاني بعد ذكر الأحاديث في هذا الباب: في هذه الأحاديث دلالة أن الله تعالى يحب من العبد إظهار نعمته في مأكله، وملبسه، فإنه شكر للنعمة فعلي،

---

(١) مسلم ٩١ (٩٣/١)، وأحمد ٣٧٨٩ (٣٩٩/١)، وابن حبان ٥٤٦٦، (٢٨٠/١٢)، والترمذي١٩٩٩ (٣٦١/٤).
(٢) أحمد ١٧٦٦١ (١٨٠/٤)، وأبو داود ٤٠٨٩ (٥٨/٤).
(٣) أبو داود ٤٠٣٧ (٤٥/٤).
(٤) الخز: اسم دابة، ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزا – المغرب (٢٥٣/١).
(٥) سنن البيهقي الكبرى (٢٧١/٣).

ولأنـــه إذا رآه المحـــتاج في هيـــئة حسنة قصده ليتصدق عليه، وبذاذة الهيئة سؤال، وإظهار للفقر بلسان الحال، ولذا قيل: ولسان حالي بالشكاية أنطق، وقيل: وكفاك شاهد منظري عن مخبري[(١)].

وقال ابن تيمية: فقوله إن الله جميل يحب الجمال، فقد أدرج فيه حسن الثياب، الـــتي هـــي المسئول عنها، فعلم أن الله يحب الجميل من الناس، ويدخل في عمومه، بطريق الفحوى، الجميل من كل شيء[(٢)].

ومـــن الأثـــر يســـتدل على ذلك بقول عمر بن الخطاب ﷺإذا وسع عليكم فأوسعوا على أنفسكم"[(٣)].

وعـــن ابن عباس قال: كل ما شئت، واشرب ما شئت، والبس ما شئت، إذا أخطأك اثنان، سرف، ومخيلة[(٤)].

وعن قتادة عن محمد بن سيرين أن تميماً الداري اشترى رداءً بألف دينار، كان يصلي فيه[(٥)].

وأما عن سلف الأمة فإنه روي عن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب شيخ مـــالك ﷺ أنه كان يلبس كساء خز، بخمسين دينارا، يلبسه في الشتاء، فإذا كان الصـــيف تصدق به، أو باعه فتصدق بثمنه، وكان يلبس في الصيف ثوبين من متاع

---

(١) سبل السلام (٢/٨٦).
(٢) مجموع الفتاوى (٢٢/١٢٤).
(٣) التمهيد (٣/٢٥٤).
(٤) تفسير السيوطي (٣/٤٤٢).
(٥) تفسير القرطبي (٢/٢١١).

مصر ممشقين، ويقول: ﴿**قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده والطيبات من الرزق**﴾[1]، وأن أبا حنيفة -رحمه الله - كان يرتدي برداء قيمته أربعمائة دينار. [2]

قال الطبري: فأما اتخاذ الثوب للجمال، يلبسه عند اجتماعه مع الناس، وحضوره المحافل، والجمع، والأعياد، دون ثوب مهنته، أو أكله من الطعام ما قواه على عبادة ربه، مما ارتفع مما قد يسد الجوع، مما هو دونه من الأغذية، غير أنه لا يعين البدن على القيام لله بالواجب معونته، فذلك خارج عن معنى الإسراف، بل ذلك من القوام؛ لأن النبي ﷺ قد أمر ببعض ذلك، وحض على بعضه. [3]

والذي يترجح لي هو القول باستحباب تحميل الثياب؛ للأدلة السابقة، من غير إسراف، ولا تفاخر، والله أعلم.

المبحث الأول

أحكام اللباس من جهة اللون

في هذا المبحث سأتناول أحكام اللباس من جهة لونها، من خلال ذكر الألوان التي تناولها الفقهاء في كتبهم، وما لم أذكره فيرجع إلى الأصل العام، وهو الإباحة، ما لم يكن فيه مانع، من تشبه بالكفار، أو بالنساء، ونحو ذلك.

أولاً: لبس البياض:

لم أقف على خلاف بين العلماء على مشروعية لبس البياض من الثياب، ثم اختلفوا في حكمه، فذهب بعض العلماء -ومنهم الحنابلة- هو الراجح عندي، إلى أنه يُسن لبس الثياب البيض[4].

---

(١) سورة الأعراف، الآية: ٣٢، تفسير القرطبي (١٩٥/٧).
(٢) الفتاوى الهندية (٣٣٣/٥).
(٣) تفسير الطبري (٣٩/١٩).
(٤) كشاف القناع (٢٨٦/١).

واستدلوا بقوله ﷺ:"إن الله يحب الثياب البيض، وأنه خلق الجنة بيضاء "[1].

وعن سمرة بن جندب قال: قال رسول الله ﷺ:"البسوا ثياب البيض، فإنها أطهر وأطيب، وكفنوا فيها موتاكم "[2].

ثانياً: لبس الأسود:

ذهب بعض أهل العلم - ومنهم الحنفية- إلى أنه يستحب لبس الأسود؛ لأنه روي أنه عليه السلام لبس الجبة السوداء، والعمامة السوداء يوم فتح مكة[3].

وعند الحنابلة أن السواد مباح[4]، قال ابن مفلح:"يباح لبس السواد من عمامة، نص عليه، وثوب، وقباء "[5].

وقد ورد في الحديث عن عمرو بن أمية عن أبيه قال:"كأني أنظر الساعة إلى رسول الله ﷺ على المنبر، وعليه عمامة سوداء، قد أرخى طرفها بين كتفيه "[6].

وشدد الإمام أحمد في لبسه إذا كان لباس الظلمة، فعنه يكره للجندي مطلقا، وخياطته إذا روّع به مسلما، وعنه أنه يحرم، وعلل أحمد بأنه لباس الجند أصحاب السلطان والظلمة[7].

---

(١) ذكره صاحب مجمع الأنهر ١٩٣/٤، فيض القدير شرح الجامع الصغير ج٢ حرف الهمزة، مجمع الزوائد ج ٤، كتاب البيوع.
(٢) أحمد ٢٢١٩ (٢٤٧/١)، وابن حبان ٥٤٢٣ (٢٤٢/١٢)، والنسائي ١٨٩٦ (٣١٩/٤)، والترمذي ٩٩٤ (٣١٩/٣)، وأبو داود ٤٠٦١ (٥١/٤).
(٣) صحيح مسلم ١٣٥٨ (٩٩٠/٢).مجمع الأنهر ١٩٣/٤، والفتاوى الهندية ٣٣٠/٥.
(٤) كشاف القناع(٢٨٦/١).
(٥) الآداب الشرعية (١٦٥/٤).
(٦) سنن النسائي ٥٣٤٦ (٢١١/٨).
(٧) الآداب الشرعية (١٦٥/٤).

ثالثاً: لباس الأخضر:

عن أبي رمثة قال: رأيت النبي ﷺ برداءين أخضرين[1].

قال الشوكاني عن هذا الحديث: ويدل على استحباب لبس الأخضر؛ لأنه لباس أهل الجنة، وهو أيضا من أنفع الألوان للأبصار، ومن أجملها في أعين الناظرين.[2]

رابعاً: لبس الأحمر:

اختلف في حكم لبس الأحمر المُصْمَت[3] للرجل، على أقوال عديدة، أشهرها ثلاثة أقوال:

أحدها: يُكره للرجل لبس أحمر مصمت، وهو مذهب الحنفية، ونص عليه أحمد[4].

واستدلوا بأن رسول الله ﷺ نهى عن لبس الأحمر والمعصفر[5]. وذلك لما ورد عن عبدالله بن عمر قال: مرّ على النبي ﷺ رجل عليه ثوبان أحمران، فسلم، فلم يرد النبي ﷺ[6].

وخرج بالمصمت عندهم ما فيه حمرة، وغيرها، فلا يكره، ولو غلب الأحمر، وعليه يحمل لبسه الحلة الحمراء، والبرد الأحمر[7].

(١) الترمذي ٢٨١٢، وقال: حديث حسن غريب، وأبو داود ٤٢٠٦ (٨٦/٤).
(٢) نيل الأوطار (٩٥/٢).
(٣) المصمت: الذي لا يخالطه لون آخر، انظر الصحاح (٢٧٤/١).
(٤) مجمع الأنهر ١٩٢/٤، والآداب الشرعية ٤٨٨/٣، وكشاف القناع ٢٨٤/٠١.
(٥) المعصفر: هو المصبوغ بنبات العصفر، وهو يصبغ صبغا أحمر، انظر تحفة الأحوذي (٣٢٢/٥)، وسبل السلام (٨٧/٢).
(٦) أبو داود ٤٠٦٩ (٥٣/٤).
(٧) كشاف القناع (٢٨٤/١).

والثاني: لا يكـــره:[1]

بـــل روي عـــن ابن العربي المالكي أنه أفتى بقتل رجل عاب لبس الأحمر؛ لأنه عـــاب لبســـة لبسها رسول الله ﷺ وقتل بفتياه، قال السيوطي: هذا تهور غريب، وإقدامـــه عـــلى سفك دماء المسلمين عجيب، وسيخاصمه هذا القتيل غدا، ويبوء بالخزي من اعتدى[2].

والثالث: يكره شديد الحمرة، دون خفيفها، وهو رواية عند أحمد: [3]

وقـــال أحمد: إن أول من لبس الثياب الحمر آل قارون، وآل فرعون، ثم قـــرأ: ﴿**فخرج على قومه في زينته**﴾[4]، قال: في ثياب حمر[5].

وعن أبي حنيفة:"لا بأس بالصبغ الأحمر"[6].

وقد أطال ابن حجر في هذه المسألة وذكره ثمانية أقوال[7].

---

(١) الآداب الشرعية ٤٨٨/٣.
(٢) الجامع الصغير (٣٦٥/١).
(٣) الآداب الشرعية ٤٨٨/٣.
(٤) سورة القصص، الآية ٧٩. الآداب الشرعية ٤٨٨/٣، وكشاف القناع (٢٨٤/١).
(٥) الآداب الشرعية ٤٨٨/٣.
(٦) الفتاوى الهندية ٣٣٢/٥.
(٧) فتح الباري (٣٠٦/١٠).

خامساً: اللون الأصفر:

ورد عن ابن عمر أنه كان يلبس الأصفر، فعن جميل بن زيد الطائي قال: رأيت إزار ابـــن عمـــر فوق العرقوبين، ودون عضلة، ورأيت عليه ثوبين أصفرين، ورأيته يصفر لحيته[(١)].

وقد حرم الحنابلة لبس العمائم الصفراء؛ لأنها صارت من شعار الكفار، ويحرم التشبه بهم[(٢)].

سادساً: اللون الأزرق:

حرم الحنابلة لبس العمائم الزرقاء؛ لأنها صارت من شعار الكفار، ويحرم التشبه بهم[(٣)].

سابعاً: لبس المعصفر:

والثياب المعصفرة هي المصبوغة بعصفر[(٤)].

وقد ورد فيها عن جبير بن نفير أخبره أن عبدالله بن عمر أخبره أنه رآه رسول الله ﷺ وعليه ثوبان معصفران، فقال هذه ثياب الكفار فلا تلبسها[(٥)].

وقـــد اخـــتلف العلماء في حكم الثياب المعصفرة، وهي المصبوغة بعصفر[(٦)]، فأباحها جمهور العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم، وأبو حنيفة، و الشافعي.

(١) الطبقات الكبرى (١٧٤/٤).
(٢) كشاف القناع ٢٧٦/٠١).
(٣) كشاف القناع ٢٧٦/٠١).
(٤) شرح النووي على صحيح مسلم (٥٤/١٤).
(٥) مســلم ٢٠٧٧ (١٦٤٧/٣)، وســنن النسائي ٥٣١٦ (٢٠٣/٨)، والترمذي ١٧٢٥ (٢١٩/٤)، وأبو داود ٤٠٤٤ (٤٧/٤).
(٦) شرح النووي على صحيح مسلم (٥٤/١٤).

ولمالك روايتان: قال: غيرها أفضل منها، وفي الرواية الثانية: أنه أجاز لبسها في البيوت وأفنية الدور، وكرهه في المحافل والأسواق ونحوها(1).

وقال جماعة من العلماء هو مكروه كراهة تتريه، ومنهم الحنابلة(2).

قال النووي: وحملوا النهي على هذا، وقال الخطابي: النهي منصرف إلى ما صبغ مـــن الثياب بعد النسيج، فأما ما صبغ غزله ثم نسج فليس بداخل في النهي، وحمل بعض العلماء النهي هنا على المحرم بالحج أو العمرة؛ ليكون موافقا لحديث ابن عمر -رضي الله عنهما: نهي المحرم أن يلبس ثوبا مسَّه ورس أو زعفران (3).

أمـــا البـــيهقي فقـــال: نهى الشافعي الرجل عن المزعفر، وأباح المعصفر، قال الشـــافعي: وإنما رخصت في المعصفر؛ لأني لم أجد أحداً يحكي عن النبي ﷺ النهي عنه، إلا ما قال علي ﷺ نهاني، ولا أقول نهاكم، قال البيهقي: وقد جاءت أحاديث تـــدل عـــلى النهي على العموم، ثم ذكر حديث عبدالله بن عمرو بن العاص، الذي ذكره مسلم ثم أحاديث أخر، ثم قال: لـــو بلغت هذه الأحاديث الشافعي لقال بها -إن شـــاء الله- ثم ذكر بإسناده ما صح عن الشافعي أنه قال: إذا كان حديث النبي ﷺخـــلاف قـــولي، فـــاعملوا بالحديث ودعوا قولي، وفي رواية فهو مذهبي، قال البـــيهقي: قال الشافعي: وأنهى الرجل الحلال بكل حال أن يتزعفر، قال: وآمره إذا تزعفـــر أن يغسله، قال البيهقي: فتبع السنة في المزعفر، فمتابعتها في المعصفر أولى، قـــال: وقد كره المعصفر بعض السلف، وبه قال أبو عبدالله الحليمي من أصحابنا، ورخص فيه جماعة، والسنة أولى بالاتباع، والله أعلم.

(1) شرح النووي على صحيح مسلم (٥٤/١٤).
(2) شرح النووي على صحيح مسلم (٥٤/١٤)، وانظر كشاف القناع (٢٨٤/١).
(3) شرح النووي على صحيح مسلم (٥٤/١٤).

ثامناً: لبس الخف الأحمر والأبيض والأسود:

ذهب الحنفية إلى كراهية لبس الخف الأحمر، والخف الأبيض؛ وذلك أن الخف الأحمر خف فرعون، والخف الأبيض خف هامان، والخف الأسود خف العلماء.

وعن أبي القاسم الصفار قال: لقد لقيت عشرين من كبار فقهاء بلخ، فما رأيت لأحدهم خفا أبيض ولا أحمر، ولا سمعت أنه أمسكه[1].

والذي يترجح لي هو جواز لبس الخف الأحمر، أو الأبيض، كغيرهما من الألوان؛ لعدم ورود حديث يمنع من ذلك، والله أعلم.

المبحث الثاني
حكم اللباس من جهة مادته

في هذا المبحث سأتناول أحكام اللباس من جهة مادتها التي صنع منها، بذكر ما تناوله العلماء في كتبهم، وذلك كما يلي:

أولا: لبس الحرير:

ذهب جماهير أهل العلم من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة[2] إلى أنه يحرم لبس الحرير على الرجل مطلقا، ولو كان بحائل بينه وبين بدنه.

وروي عن أبي حنيفة أنه لا يكره لبس الحرير إذا لم يتصل بجلده، حتى لو لبسه فوق قميص من غزل أو نحوه، كأن تكون جبة من حرير، وبطانتها ليس بحرير[3].

(١) الفتاوى الهندية (٥/٣٣٤).
(٢) مجمع الأنهر ٤/١٩٢، وحاشية الدسوقي (١/٣٧٤)، والمغني (١/٣٤٢)، والفتاوى (٢٢/١٤٤).
(٣) مجمع الأنهر ٤/١٩٣.

وقـال محمد بن الحسن: لا بأس بلبس الحرير ما لم تكن فيه شهرة، فإن كانت فيه شهرة فلا خير فيه. [1]

وقال قوم: يجوز لبسه مطلقا[2].

أولا: أدلة الجمهور:

استدل الجمهور على حرمة لبس الحرير للرجال مطلقا بأحاديث كثيرة منها ما يلي:

أ- قـول الرسـول ﷺ:"إنما يلبس الحرير في الدنيا من لا خلاق له "[3]، أي: نصيب له في الآخرة.

ب-عـن علي ﷺ أن النبي ﷺ خرج وبإحدى يديه حرير، وبالأخرى ذهب، وقال:"هذان حرامان على ذكور أمتي، حلال لإناثهم "[4].

وجـه الاستدلال من هذين الحديثين: أنهما يدلان دلالة صريحة على التحريم، مطلقا دون قيد.

ثانيا: أدلة من قال بالجواز:

كما استدل من قال بالجواز بما يأتي:

---

(١) التمهيد (١٤/٢٥٨).
(٢) فتح الباري (١٠/٢٥٨).
(٣) البخاري ٨٤٦ (١/٣٠٢)، ومسلم ٢٠٦٨ (٣/١٦٣٩).
(٤) سنن ابن ماجة ٣٥٩٥ (٢/١١٨٩)، وأبو داود ٤٠٥٧ (٤/٥٠)، والترمذي ١٧٢٠ (٤/٢١٧)، وأحمد ١٩٥٣٣ (٤/٣٩٤).

ج - بما روي عن ابن عباس -رضي الله عنهما- أنه كان عليه جبة من حرير، فقيل له في ذلك، فقال:"أما ترى إلى ما يلي الجسد"، وكان تحته ثوب من قطن.

د - أخرج عبدالرزاق، عن معمر، عن ثابت، عن أنس، قال: لقي عمر عبدالرحمن بن عوف، فنهاه عن لبس الحرير، فقال: لو أطعتنا للبسته معنا، وهو يضحك[1].

وقد حملوا كلام عبد الرحمن أنه فهم من إذن رسول الله ﷺ له في لبس الحرير، نسخ التحريم، و لم ير تقييد الإباحة بالحاجة[2].

وحملوا الأحاديث الواردة في النهي عن لبسه على من لبسه خيلاء، أو على التنزيه.

والذي يترجح لي هو تحريم لبس الحرير للرجال مطلقاً، ما لم تكن هناك حاجة، لورود الأحاديث الصحيحة في ذلك، بل نقل بعض العلماء الإجماع على التحريم، قال ابن قدامة:"ولا نعلم في تحريم لبس ذلك على الرجال اختلافاً، إلا لعارض أو عذر، قال ابن عبد البر: هذا إجماع "[3].

وقال ابن تيمية:"ولبس الحرير حرام على الرجال بسنة رسول الله ﷺ، وإجماع العلماء، وإن كان مبطنا بقطن أو كتان"[4].

---

(١) فتح الباري (١٠/٢٥٨).
(٢) فتح الباري ١٠/٢٨٥.
(٣) المغني ١/٣٤٢.
(٤) الفتاوى ٢٢/١٤٤.

علة تحريم الحرير:

اختلف العلماء في علة تحريم الحرير على أربعة آراء:

أحدها: لأنه في لبسه الفخر، والخيلاء.

والثاني: لكونه ثوب رفاهية، وزينة، فيليق بزي النساء، دون شهامة الرجال.

والثالث: أن فيه التشبه بالمشركين.

والرابع: أن فيه سرفاً[(١)].

والذي يظهر لي هو اجتماع كل هذه العلل هو سبب التحريم، ولا تضاد بينها.

لبس الحرير للحاجة:

أما لبس الحرير لحاجة، للقمل، أو الحكة، أو المرض الذي ينفعه لبس الحرير، فقد اختلف العلماء في جوازه.

فذهب الجمهور إلى جوازه[(٢)]، واستدلوا بأن أنساً روى أن عبد الرحمن بن عوف، والزبير بن العوام شكوا القمل إلى النبي ﷺ، فرخص لهما في قميص الحرير، في غزاة لهما، وفي رواية:"شكيا إلى رسول الله ﷺفرخص لهما في قميص الحرير"[(٣)].

(١) فتح الباري ٢٨٥/١٠.
(٢) مجمع الأنهر ١٩٧/٤، والمغني (٣٤٣/١).
(٣) أحمد ١٣٠١٥ (١٩٢/٣)، والبخاري ٢٧٦٢ (١٠٦٩/٣)، ومسلم ٢٠٧٦ (١٦٤٦/٣).

ووجـــه الاستدلال: أن ما ثبت في حق صحابي، ثبت في حق غيره، ما لم يقم دلـــيل عـــلى التخصيص، وغير القمل الذي ينفع فيه لبس الحرير، في معناه، فيقاس عليه[1].

وذهـــب مالك، وهو رواية عند الحنابلة أنه لا يباح لبسه للمرض؛ لاحتمال أن تكون الرخصة خاصة لهما[2].

وقـــال قوم يحرم لبسه في كل الأحوال، حتى على النساء، نقل ذلك عن علي، وابـــن عمـــر، وحذيفة، وأبي موسى، وابن الزبير، ومن التابعين، عن الحسن، وابن سيرين "[3].

حكم اليسير من الحرير:

ذهـــب جمهور العلماء إلى استثناء اليسير من الحرير، والذهب، واستدلوا برواية حديـــث علي ﷺ أن النبي ﷺخرج وبإحدى يديه حرير، والأخرى ذهب، وقال: هذان حرام على ذكور أمتي، حلال لإناثهم، إلا أن القليل عفو"[4].

فذهب الحنفية إلى استثناء قدر أربعة أصابع مضمومة، فلا يحرم، ونص بعضهم مـــن أصابع عمر ﷺوذلك قدر شبرنا، وذهب بعض الحنفية، أن الحلال قدر أربعة أصابع منشورة[5].

واســـتدلوا بأن النبي ﷺكان يلبس جبة مكفوفة بالحرير[6]، واستدلوا بأنه روي

---

(١) المغني (٣٤٣/١).
(٢) المغني (٣٤٣/١).
(٣) فتح الباري ٢٨٥/١٠.
(٤) الحديث بهذه الزيادة "إلا أن القليل عفو" لم أجده.
(٥) مجمع الأنهر ١٩٢/٤، الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص١١٢.
(٦) ذكره ابن عابدين في حاشيته (٣٥٣/٦)، و لم أجده.

عنه ﷺ أنه لبس فروة أطرافها من الديباج[1].

ما يكون فيه اليسير:

نص الحنفية أنه يجوز أن تكون في العمامة أو الثياب[2]، وقال أبو حنيفة: لا بأس بلبس ما كان سداه حريرا، ولحمته غير ذلك، قال: وأكره ما كان لحمته حريرا، وسداه غير حرير[3].

وقال محمد: لا ينبغي في القلنسوة، وإن كان أقل من أربعة أصابع[4].

وقال ابن نجيم: الثوب المنسوج لحمته من حرير وغيره، يحل إن كان الحرير أقل وزنا، أو استويا، بخلاف ما لو زاد وزنا، ولم أره الآن[5].

لبس الحرير للحرب:

اختلف العلماء في حكم لبس الرجل للحرير في الحرب، فذهب أبو يوسف ومحمد، والحنابلة إلى أنه إن كان به حاجة إليه، كأن كان بطانة لبيضة، أو درع، أو نحوه، أبيح؛ لما روي أنه ﷺ، رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب[6].

ولأنه يحتاج إلى دفع ضرر السلاح عنه، والحرير أدفع له، وأهيب للعدو أيضا، فرخصه للضرورة[7].

---

(١) لم أجده.
(٢) مجمع الأنهر ١٩٣/٤.
(٣) التهميد ٢٥٨/١٤.
(٤) مجمع الأنهر ١٩٣/٤.
(٥) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص١١٢.
(٦) سنن ابن ماجه ٢٨١٠٩ (٩٤٢/٢).
(٧) الفتاوى الهندية (٣٣١/٥)، بدائع الصنائع (١٣١/٥)، المغني (٣٤٣/١).

ولأن فـــيه ضرورة فإن الخالص منه أدفع لمضرة السلاح، وأهيب في عين العدو لبريقه[(١)].

وإن لم يكن به حاجة إليه، فعلى وجهين عند الحنابلة، أحدهما: يباح؛ لأن المنع من لبسه للخيلاء، وكسر قلوب الفقراء، والخيلاء في وقت الحرب غير مذموم.

قال الأثرم: سمعت أبا عبدالله سُئل عن لبس الحرير في الحرب، فقال: أرجو أن لا يكون به بأس[(٢)].

وروى الأثـــرم بإسناده عن عروة بن الزبير أنه كان له يلمق من ديباج، بطانته سندس، محشو قزًّا، كان يلبسه في الحرب[(٣)].

والثاني وهو ما ذهب إليه أبو حنيفة يحرم؛ لعموم الخبر، وما ذكر من الضرورة، يـــندفع بلـــبس ما لحمته حرير، وسداه غير حرير؛ لأن دفع ضرر السلاح، وتهيب العدو يحصل به، فلا ضرورة إلى لبس الحرير الخالص[(٤)].

والـــذي يترجح لي - والله أعلم- هو حرمة لبس الرجل للحرير مطلقا، ما لم تكن هناك حاجة، وهي تختلف باختلاف الأزمنة، واليوم لا يلبس الحرير في الحرب، فعليه يحرم.

---

(١) مجمع الأنهر ١٩٥/٤.
(٢) المغني (٣٤٣/١).
(٣) المغني (٣٤٣/١)، والمبدع (٣٨١/١)، وزاد المعاد (١٣١/١).
(٤) بدائع الصنائع (١٣١/٥).المغني (٣٤٣/١).

حكم لبس المختلط بين المحرم والمباح:

ذهب ابن عباس وجماعة من أهل العلم إلى أن المحرم الحرير الصافي الذي لا يخلطه غيره، أما كثوب منسوج من قطن وإبرسيم، أو قطن وكتان، فالحكم للأغلب منهما.

وعللوا قولهم بأن الأول مستهلك فيه، فهو كالبيضة من الفضة، والعلم من الحرير[1].

وقد روي عن ابن عباس ﷺ قال:"إنما نهى النبي ﷺ عن الثوب المصمت من الحرير، وأما المعلم، وسدى الثوب، فليس به بأس[2].

فإن كان الأقل الحرير، فهو مباح، وإن كان القطن فهو محرم، فإن استويا، ففي تحريمه وإباحته وجهان عند الشافعي، وعند أحمد، قال ابن عقيل:"الأشبه التحريم؛ لأن النصف كثير "[3].

والذي يترجح لي هو كراهية لبس المختلط بين المحرم والمباح؛ لعدم تناول الاسم له، والأولى تركه.

إلباس الصبي الذهب والحرير:

اختلف العلماء في حكم إلباس ما يحرم على الكبير للصغير على قولين، فذهب الحنفية المعتمد عندهم، والمذهب عند الحنابلة إلى أنه يحرم إلباس الصبي الذي لم يبلغ ذهبا أو حريرا، وعلة ذلك أنه ذكر، فيدخل في عموم الخبر، وحتى لا يعتاد عليه.[4]

(١) المغني (٣٤٣/١).
(٢) رواه أحمد (٢١٨/١)، حديث: ١٨٧٩، وأبو داود (٤٩/٤)، حديث: ٤٠٥٥.
(٣) المغني (٣٤٣/١).
(٤) الفتاوى الهندية (٣٣٢/٥)، مجمع الأنهر (١٩٩/٤)، والكافي (١١٦/١)، و مجموع الفتاوى لابن تيمية (١٤٤/٢٢).

وفي حـــال إلباس الصغير، يكون الإثم على الملبس، كالخمر، فإن سقيها الصغير حرام، كشربها[1].

وقـــال ابـــن تيمـــية: "إن ما حرم على الرجل فعلـــه، حرم عليه أن يمكّن فيه الصغير" [2].

وقـــد رأى عمر بن الخطاب على صبي للزبير ثوباً من حرير، فمزّقه، وقال:"لا تلبسوهم الحرير "، وكذلك ابن مسعود مزق ثوب حرير على ابنه[3].

وقد ورد في الفتاوى الهندية:"وما يكره للرجال لبسه يكره للغلمان، والصبيان؛ لأن النص حرم الذهب والحرير على ذكور أمته، بلا قيد البلوغ والحرية، والإثم على من ألبسهم؛ لأنا أمرنا بحفظهم"[4].

وذهـــب بعـــض العـــلماء ومنهم أحمد في رواية[5] إلى القول بالإباحة؛ لعدم التكليف، فأشبه ما لو ألبسه الدابة.

والذي يترجح لي في هذه المسألة هو القول بالإباحة، لعدم التكليف، ما لم يخش فيه على الصغير من اعتياد الترف، أو الفتنة -والله أعلم-.

الحرير لمهد الصبي:

ذهـــب الحنفية إلى أنه لا باس بملاءة حرير، يوضع في مهد الصبي، وعللوا ذلك بأنه ليس بلبس[6].

---

(١) مجمع الأنهر (٤/١٩٩).
(٢) الفتاوى (٢٢/١٤٤).
(٣) الفتاوى لابن تيمية (٢٢/١٤٣)، و (٢٩/٢٩٨)، و (٣٠/٥١).
(٤) الفتاوى الهندية (٥/٣٣٣).
(٥) الكافي (١/١١٦).
(٦) مجمع الأنهر (٤/١٩٣)، الفتاوى الهندية (٥/٣٣٣).

ثالثاً: لباس الفراء:

لقد عَنْوَن الترمذي باباً سماه "ما جاء في لبس الفراء"، وروى فيه حديثاً عن سلمان قال: سُئل رسول الله ﷺ عن السمن، والجبن، والفراء، فقال:"الحلال ما أحل الله في كتابه، والحرام ما حرم الله في كتابه، وما سكت عنه فهو مما عفا عنه"[1].

وقد ذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى جواز لبس الفراء كلها، إذا دبغت، سواء كان من جلود السباع، والأنعام، أو غيرها من الميتة المدبوغة والمذكاة، ما لم تكن نجسة بعينها[2].

المبحث الثالث

حكم اللباس من جهة الهيئة

في هذا المبحث سأتناول أحكام اللباس من جهة الهيئة التي يمكن أن يلبسها الرجل، وذلك كما يلي:

أولا: لبس ما فيه تشبه بالنساء:

يُحرم على الرجل -بلا خلاف أعلمه- لبس ما كان مخصوصاً بالنساء في جنسه أو هيئته؛ وذلك لقول الرسول ﷺ:"لعن الله المتشبهين من الرجال بالنساء، والمتشبهات من النساء بالرجال"[3].

(١) سنن الترمذي ١٧٢٦ (٤/٢٢٠) وقال: هذا الحديث غريب، لا نعرفه مرفوعا إلا من هذا الوجه، وقال بعد أن ذكر إسنادا آخر وكأن الحديث الموقوف أصح، وقال في العلل: سألت البخاري عن هذا الحديث، فقال: ما أراه محفوظا - انظر: فيض القدير ج٣ /٣٨٥٨

(٢) مجمع الأنهر (٤/)، والفتاوى الهندية (٥/٣٣٣)، والتمهيد (٤/١٨٣)، وكشاف القناع (١/٣٤٢).

(٣) صحيح البخاري ٥٥٤٦ (٥/٢٢٠٧)، و سنن ابن ماجه ١٩٠٤ (١/٦١٤).

قـــال ابن حجر: "فأما هيئة اللباس فتختلف باختلاف عادة كل بلد، فربَّ قوم لا يفـــترق زي نســـائهم مـــن رجالهم في اللبس، ولكن يمتاز النساء بالاحتجاب، والاستتار"، حتى قال:"وهذا اللعن يراد به الزجر عن الشيء الذي وقع اللعن بسببه، وهو مخوف، فإن اللعن من علامات الكبائر"[(١)].

ثانيا: لبس ما ينافي المروءة:

يجـــب على المسلم أن يراعي زي الزمان، ما لم يكن إثما، وهذا من المروءة التي يجب أن يراعيها المسلم[(٢)].

ثالثا: عدم كشف العورة:

يجـــب أن يكـــون اللباس الذي يلبسه الرجل لا يكشف العورة، وقد اختلف الفقهاء في تحديد العورة، وذلك كما يلي:

القول الأول: وهـــو لجمهور العلماء، فقد ذهب أبو حنيفة، ومالك، والشافعي، وأحمد في رواية، إلى أن عورة الرجل ما بين السرة والركبة[(٣)] .

وقد استدل أصحاب هذا الرأي بما يأتي:

١- عـــن جَـــرهَد[(٤)] أن رسول الله ﷺ رآه قد كشف عن فخذه، فقال: "غط

(١) فتح الباري ج١ (٣٣٢ ــ ٣٣٣).
(٢) فتح الباري (٣٠٦/١٠).
(٣) مجمـــع الأنهر (١٢٢/١) وانظر التفريع (٢٤٠/١) وورد فيه: "وعورة الرجل فرجاه وفخذاه، ويستحب له أن يستر من سرته إلى ركبته، والمرأة الحرة كلها حرة، إلا وجهها ويديها"، وانظر التنبيه – الشيرازي ص١١٢، وانظـــر المغني (٦١٦/١) وانظر نيل المآرب (١٢٨/١) وانظر فتح الوهاب (٨٧/١)، وحاشية الدســـوقي) ٣٣٧/١ (وورد فيها: "وهي من رجل، أراد به الشخص الذكر، ولو جنيا، فعورته ما بين السرة والركبة".
(٤) بفتح الجيم والهاء، وهو جرهد بن خويلد، وقيل ابن رزام، من أسلم، ويعد من أهل الصفة. أسد الغابة – (٣٣١/١).

فخذك، فإن الفخذ من العورة"(١).

٢ – وأن رسول الله ﷺ قال لعليّ -كرم الله وجهه-: "لا تكشف فخذك، ولا تنظر فخذ حي، ولا ميت".(٢)

وهذا الحديث فيه دلالة واضحة على عدم جواز إظهار الفخذ.

٣ – ومـــا رواه أبو بكر بإسناده عن أبي أيوب الأنصاري قال: قال رسول الله ﷺ: "أسفل السرة، وفوق الركبتين من العورة"(٣).

٤ – وعـــن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: "إذا زوج أحدكـــم عـــبده أمته، أو أجيره، فلا ينظر إلى شيء من عورته، فإن ما تحت السرة إلى الركبة عورة"، وفي لفظ: "ما بين سرته وركبته من عورته"(٤).

القول الثاني: وهـــو رواية عن الإمام أحمد، ولداود الظاهري، وابن أبي ذئب، وذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن عورة الرجل الفرجان فحسب(٥).

قال مهنا: "سألت أحمد ما العورة ؟ قال: الفرج والدبر"(٦).

واستدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

(١) أخـــرجه أحمـــد في مســـنده (٣/٤٧٩)، وأبو داود ٤٠١٤ في كتاب الحمام – باب النهي عن التعري، والترمذي (٢٧٩٨) في كتاب الأدب – باب ما جاء أن الفخذ عورة، وقال: هذا الحديث حسن، ورواه الحاكم في المستدرك (٤/١٨٠)، وقال صحيح الإسناد ولم يخرجاه.
(٢) رواه أحمد (٢/١٨٧) حديث رقم (٦٧٥٦).
(٣) المغني – ابن قدامة (١/٦٢٦)، وكشاف القناع (١/٣٣٧).
(٤) رواه الدار قطني (١/٢٣١)، وانظر المعجم المفهرس في سنن الدار قطني ص٢٥٢.
(٥) المغني – ابن قدامة (١/٦٢٦).
(٦) المرجع السابق.

١-ما روته عائشة -رضي الله عنها -: كان رسول الله ﷺ في بيته كاشفا عن فخـــذه، فاستأذن أبو بكر، فأذن له، وهو على ذلك، ثم استأذن عمر، فأذن له وهو على ذلك[١].

ووجه الدلالة من الحديث أن النبي ﷺ لم يغط فخذه، فدل على أن الفخذ ليس بعورة.

٢- وما رواه أنس أن النبي ﷺ يوم خيبر حُسر الإزار عن فخذه، حتى أني لأنظر إلى بياض فخذ النبي ﷺ[٢].

٣- ولأن غير الفرجين ليس بمخرج للحدث، فلم يكن عورة، كالساق[٣].

القول الثالث: وقد ذهب بعض العلماء إلى أن عورة الرجل مع المرأة الأجنبية ما عدا الوجه والأطراف، من عنق ورأس وذراع وظهر قدم كلا أو بعضا، بمعنى: أنه لا يجـــوز للمرأة أن ترى من الرجل الأجنبي، إلا ما يراه الرجل من محرمه، وهو الوجه والأطراف.

وعورة الرجل بالنسبة لغير المرأة الأجنبية، بأن كان مع رجل مثله، أو مع محرمه ما بين سرة وركبة[٤].

القول الرابع: وهو لبعض الشافعية، أن عورة الرجل عند النساء الأجنبيات جميع بدنه[٥].

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (٦٢/٦) حديث رقم (٢٤٣٧٥)، وانظر فتح الباري – ابن حجر (٤٧٩/١) و (٥٥/٧).

(٢) مسـند أحمـد (١٠١/٣) حديـث رقم (١٢٠١١)، ومسلم في صحيحه (١٠٤٤/٢)و (١٤٢٦/٣)، والبخاري (١٤٥/١) حديث رقم (٣٦٤)، والنسائي (١٣٣/٦).

(٣) المغني – ابن قدامة (٦١٧/١)، وانظر حاشية البيجوري (٢١١/١).

(٤) حاشية الدسوقي (٣٤٠/١).

(٥) حاشية البيجوري (٢١١/١).

باعتـــبار أن نظر المرأة إلى الرجل الأجنبي كعكسه، فيحرم عليها أن تنظر شيئا منه، متصلا أو منفصلا، ولو شعرا أو ظفرا، حتى قلامة ظفره[١].

والذي يترجح لي في هذه المسألة، أن عورة الرجل من سرته إلى ركبته؛ وذلك لقوة أدلة أصحاب هذا الرأي[٢].

رابعا: الإسبال في الثياب:

تحرير محل النزاع:

اتفـــق العـــلماء على تحريم الإسبال لمن جر ثوبه خيلاء[٣]. واختلفوا في من جر ثوبه من غير خيلاء على قولين، وذلك كما يلي:

فذهـــب جمهورهم إلى أنه يكره لغير خيلاء[٤]، ففي رواية حنبل: جرُّ الإزار إذا لم يُرد الخيلاء، فلا بأس به [٥]، وهو اختيار ابن تيمية[٦].

وفي رواية لأحمد أنه يحرم أن يجر شيئا من ثيابه مطلقا[٧].

أدلة الجمهور القائلين بالكراهة:

واســـتدل الجمهـــور بما روي عن ابن عمر -رضي الله عنهما- عن النبي ﷺ قـــال:"الإسبال في الإزار والقميص والعمامة، من جر شيئا خيلاء، لم ينظر الله إليه

(١) حاشية البيجوري (٢/١٤١).
(٢) مسابقات الألعاب الرياضية وآثارها الجنائية ـــ لكاتب هذه السطور ـــ ص ٢٠.
(٣) كشاف القناع (١/٢٦٩).
(٤) روضة الطالبين (٢/٦٩).
(٥) الآداب الشرعية (٣/٤٩٢).
(٦) الآداب الشرعية (٣/٤٩٣).
(٧) الآداب الشرعية (٣/٤٩٢).

يوم القيامة"[1]

والحديث يدل على عدم اختصاص الإسبال بالثوب والإزار، بل يكون في القميص والعمامة، وعند الحنابلة إطالة الذؤابة كثيرا من الإسبال، وإن أرخى طرفها بين كتفيه فحسن.[2]

قال الشوكاني:"الحديث في إسناده عبد العزيز بن أبي رواد، وقد تكلم فيه غير واحد.

كما استدلوا بما ورد عن رسول الله ﷺ أنه قال:"من جر ثوبه خيلاء، لا ينظر الله إليه يوم القيامة "، قال أبو بكر:"يا رسول الله، إن أحد شقي إزاري يسترخي إلا أن أتعاهده ذلك منه، فقال النبي ﷺ: لست ممن يصنعه خيلاء "، وفي رواية:"لست منهم"[3].

قال الشوكاني: بقوله خيلاء يدل بمفهومه أن جرَّ الثوب لغير خيلاء لا يكون داخلاً في هذا الوعيد، قال ابن عبد البر: مفهومه أن الجار لغير خيلاء لا يلحقه الوعيد، إلا أنه مذموم، قال النووي: إنه مكروه، وهذا نص الشافعي، قال البويطي في مختصره عن الشافعي: لا يجوز السدل في الصلاة، ولا في غيرها للخيلاء، ولغيرها خفيف، لقول النبي ﷺلأبي بكر.

أدلة من قال بالتحريم:

قال ابن العربي: لا يجوز للرجل أن يجاوز بثوبه كعبه، ويقول: لا أجره خيلاء، لأن النهي قد تناوله لفظاً، ولا يجوز لمن تناوله لفظا أن يخالفه إذا صار حكمه، أن

(١) سنن النسائي ٥٣٣٤ (٢٠٨/٨)، وابن ماجة ٣٥٧٦ (١١٨٤/٢)، وأبو داود ٤٠٩٤ (٦٠/٤).
(٢) كشاف القناع (٢٨٦/١).
(٣) البخاري (٣٦٦٥)، ومسلم (٢٠٨٥).

يقـــول: لا أمتثله؛ لأن تلك العلة ليست فيّ، فإنها دعوى غير مسلمة، بل إطالة ذيله دالة على تكبره[1].

وعن أبي هريرة قوله:"ما أسفل من الكعبين من الإزار في النار"[2].

قـــال الخطـــابي: يريد أن الموضع الذي يناله الإزار من أسفل الكعبين في النار، فكـــنى بالـــثوب عن بدن لابسه، ومعناه: أن الذي دون الكعبين من القدم، يعذب عقوبـــة، وحاصـــله أنه من تسمية الشيء اسم ما جاوره، أو حل فيه، وتكون من بيانية، ويحتمل أن تكون سببية، ويكون المراد الشخص نفسه، فيكون هذا من باب تســـمية الشـــيء بما يؤول إليه أمره في الآخرة، كقوله: إني أراني أعصر خمراً، يعني عنباً، فسماه بما يؤول إليه غالباً، وقيل: معناه فهو محرم عليه؛ لأن الحرام يوجب النار في الآخرة[3].

والذي يترجح لي في مسألة الإسبال من غير خيلاء أنه جائز؛ لحديث أبي بكر، والأولى تركه، خروجا من الخلاف -والله أعلم-.

مقدار طول الثوب للرجل:

اخـــتلف العلماء في مقدار الثوب للرجل، فذهب الحنفية إلى أن تقصير الثياب ســـنة، وإســـبال الإزار والقميص بدعة، وينبغي أن يكون الإزار فوق الكعبين إلى نصـــف الساق[4]، ولكن روي أن أبا حنيفة -رحمه الله- ارتدى برداءٍ ثمين، قيمته

(١) نيل الأوطار (٢/١١٢).
(٢) أحمد ٩٩٣٦ (٢/٤٦١)، والبخاري ٥٤٥٠ (٥/٢١٨٢).
(٣) فتح الباري (٥/٣٨٠)، نيل الأوطار (٢/١١٤).
(٤) الفتاوى الهندية (٥/٣٣٣).

أربعمائة دينار، وكان يجره على الأرض، فقيل له: أو لسنا نهينا عن هذا؟ فقال: إنما ذلك لذوي الخيلاء، ولسنا منهم[1].

وعند الحنابلة ثلاث روايات، ففي رواية إلى أنه يُباح إزار الرجل وقميصه، ونحوه، من نصف ساقيه إلى كعبه، ويكره ما نزل عن ذلك، أو ارتفع عنه[2].

وورد عن عمر بن عبد العزيز ﷺ أن ثوبه فيما بين الكعب والشراك، فيحتمل أنه ذهب إلى أن يستوفي الكعبين[3].

خامسا: هيئة العمامة:

ذهب الحنفية إلى أن السنة للرجال إرخاء طرف العمامة بين كتفيه قدر شبر، لفعله عليه الصلاة والسلام، وقيل: إلى وسط الظهر، وقيل: إلى موضع الجلوس[4].

وأنه إذا أراد تجديد لفها، نقضها كما لفها، ولا يلقيها على الأرض جملة واحدة؛ لأنه هكذا نقل عن فعله ﷺ[5].

وقد ورد في الحديث عن عمرو بن أمية عن أبيه قال:"كأني أنظر الساعة إلى رسول الله ﷺ على المنبر، وعليه عمامة سوداء، قد أرخى طرفها بين كتفيه"[6].

وذهب الحنابلة إلى أنه يسن تحنيك العمامة؛ لأن عمائم المسلمين كانت كذلك على عهد رسو الله ﷺ، ويحدد لف العمامة كيف شاء، ويغرزها من ورائه، ويرخي لها ذؤابة بين كتفيه، ويباح السواد عندهم[7].

---

(١) الآداب الشرعية (٣/٤٩٣).
(٢) الآداب الشرعية (٣/٤٩٢).
(٣) التمهيد (٢٠/٢٢٨).
(٤) مجمع الأنهر (٤/١٩٢).
(٥) مجمع الأنهر (٤/١٩٢).
(٦) سنن النسائي ٥٣٤٦ (٨/٢١١).
(٧) كشاف القناع (١/٢٨٦).

سادساً: حمل الخرقة والمناديل لمسح العرق أو المخاط، أو الوضوء:

ذهب الحنفية إلى أنه يفرق بين حملها لحاجة، أو لغير حاجة، فإن حملت الخرقة لحاجة، كمسح عرق، أو المخاط، أو الوضوء فلا بأس، أما إذا كان حملها لغير حاجة فلما فيها من التكبر، فيكره.

فإن حملها على وجه التكبر والتجبر، فيتوجه التحريم[(١)].

سابعا: لبس الحبرة:

الحِبَرَة بكسر الحاء، وفتح الباء، وهي ثياب من كتان، أو قطن محبرة، أي: مزينة، والتحبير التزيين والتحسين، ويقال: ثوب حبرة على الوصف، وثوب حبرة على الإضافة، وهو أكثر استعمالا، والحبرة مفرد، والجمع حبر وحبرات، كعنبة، وعنب، وعنبات، ويقال ثوب حبير على الوصف[(٢)].

وعن قتادة عن أنس قال كان أحب الثياب إلى نبي الله ﷺ الحبرة[(٣)].

وفيه دليل على استحباب لباس الحبرة[(٤)].

ثامنا: لباس القسي:

القَسي بفتح القاف، وتشديد المهملة، وهي نسبة إلى بلد يقال لها القس، قرية بمصر، وقيل: هي على ساحل مصر، وهي حصن بالقرب من الفرما، من جهة الشام، وقيل: قرب تنيس، وقيل هي بالزاي، لا بالسين، نسبة إلى القز، وهو الحرير،

---

(١) مجمع الأنهر (١٩٢/٤)، والآداب الشرعية (٤٩١/٣).
(٢) شرح النووي على صحيح مسلم (٥٣/١٤).
(٣) مسلم ٢٠٧٩ (١٦٤٨/٣)، وسنن النسائي ٥٣١٥ (٢٠٣/٨).
(٤) شرح النووي على صحيح مسلم (٥٣/١٤).

فأبدلت الزاي سيناً، وقيل: أن القسي الذي نسب إليه هو الصقيع، سمي بذلك لبياضه، قال ابن حجر: هو والذي قبله كلام من لم يعرف القس القرية[1].

وحكى النووي عن العلماء أنها ثياب مخلوطة بالحرير، وقيل: من خز، وهو رديء الحرير[2].

وقد نهى الرسول ﷺ عن لبس القَسي [3]، قال ابن حجر: واستدل بالنهي عن لبس القسي، على منع ما لبس ما خالطه الحرير من الثياب، لتفسير القسي بأنه ما خالط غير الحرير، منه الحرير[4]، وقال ابن عبدالبر: هي ثياب مضلعة بالحرير[5].

تاسعًا: لباس زي الأعاجم:

روي عن عمر أنه قال:"إياكم ولباس الأعاجم"[6]، وقد كره الحنابلة للرجل لبسه زي الأعاجم، كعمامة صماء، ونعل صرارة للزينة؛ للنهي عن التشبه بالأعاجم [7]، وقد ورد في الحديث:"من تشبه بقوم فهو منهم "[8]، فحرم على الرجل أن يلبس لباساً خاصاً بالأعاجم، يعرفون به، ومرجع ذلك هو عرف كل بلد، وأما إذا أصبح مشتركا، كما هو الحال بالنسبة للبنطال اليوم، فإنه يكون مباحًا -والله أعلم-.

---

(١) فتح الباري (١٠/٢٩٣).
(٢) فتح الباري (١٠/٢٩٣).
(٣) مسلم ٢٠٧٨ (٣/١٦٤٨).
(٤) فتح الباري ١٠/٢٩٤).
(٥) التمهيد (١٦/١١٦).
(٦) ذكره صاحب مجمع الأنهر (٤/١٩٤)، ولم أجده.
(٧) كشاف القناع (١/٢٧٨).
(٨) رواه أبو داود (٤/٤٤)، حديث: ٤٠٣١، قال ابن حجر: بسند حسن (١٠/٢٧١).

عاشراً: لبس الطيلسان[1]:

والمقصـــود بالطيلسان المقور، على شكل الطرحة، يرسل من فوق الرأس [2]، وقد كره الحنابلة لبسه؛ لأنه يشبه رهبان المكيين من النصارى[3].

حادي عشر: لبس ما فيه شهرة:

لقـــد نهـــى النبي ﷺعن لبس ما فيه شهرة [4]، أي: ما يشتهر به عند الناس، ويشـــار إليه بالأصابع؛ وقد علل ذلك الفقهاء لئلا يكون ذلك سبباً إلى حملهم على غيبته، فيشاركهم في إثم الغيبة[5].

ويدخل فيها خلاف زيه المعتاد، كمن لبس ثوبه مقلوباً، أو محولاً، كجبة، وقباء محول، أو خلاف زي أهل البلد[6].

فعـــن أبي هريرة مرفوعاً أن رسول الله ﷺ نهى عن الشهرتين، فقيل: يا رسول الله، ومـــا الشـــهرتان ؟ قـــال:"رقة الثياب، وغلظها، ولينها، وخشونتها، وطولها، وقصرها، ولكن سداد بين ذلك واقتصاد "[7].

قال ابن تيمية: فإن السلف يكرهون الشهرتين، المترفع، والمتخفض[8].

---

(١) فارسي معرب، ضرب من الأكسية، وهو من لباس العجم. لسان العرب (١٢٥/٦*، والمصباح المنير (٢/ ٣٧٥)، والغرب (٢٣/٢).
(٢) كشاف القناع (٢٨٤/١).
(٣) كشاف القناع (٢٨٤/١).
(٤) رواه أبو داود (٤٣/٤)، حديث رقم: ٤٠٢٩.
(٥) كشاف القناع (٢٧٨/١).
(٦) كشاف القناع (٢٧٨/١).
(٧) كشاف القناع (٢٧٨/١).
(٨) الفتاوى (١٣٨/٢٢).

وعن ابن عمر مرفوعا:"من لبس ثوب شهرة ألبسه الله ثوب مذلة يوم القيامة"[1].

وعن أنس عن رسول الله ﷺ أنه قال: حسب امرئ من الشر أن يشار إليه بالأصابع في دين ودنيا "[2].

فقيل للحسن: فإنه يشار إليك بالأصابع، فقال: إنما المراد من يشار إليه في دينه ببدعة، وفي دنياه بالفسق[3].

قال السرخسي:"والمراد أن لا يلبس نهاية ما يكون من الحسن والجودة من الثياب، على وجه يشار إليه بالأصابع، أو يلبس نهاية ما يكون من الثياب الخلق، على وجه يشار إليه بالأصابع، فإن أحدهما يرجع إلى الإسراف، والآخر يرجع إلى التقتير، وخير الأمور أوسطها، فينبغي أن يلبس في عامة الأوقات الغسيل من الثياب، ولا يكلف الجديد الحسن، عملا بقوله ﷺ البذاذة من الإيمان، إلا أنه لا بأس بأن يلبس أحسن ما يجد من الثياب في بعض الأوقات والجمع، لما روي عن النبي ﷺ أنه كان له جبة أهداها إليه المقوقس، فكان يلبسها في الأعياد والجمع وللوفود يترلون إليه"[4].

ثاني عشر: النعال من الخشب، والمحفوفة بالحديد:

اختلف في حكم لبس النعال المحفوفة بالحديد، فذهب الحنفية إلى أنه يجوز لبس النعال المحفوفة بالحديد، وقد رؤي على أبي يوسف -رحمه الله- نعلين محفوفين بمسامير الحديد، فقيل له: أترى بهذا الحديد بأساً ؟ فقال: لا، فقيل له: إن سفيان،

(١) أحمد ٥٦٦٤ (٩٢/٢)، وابن ماجه ٣٦٠٦ (١١٩٢/٢)، وأبو داود ٤٠٢٩ (٤٣/٤) ،
(٢) رواه الترمذي (٦٣٥/٤)، حديث: ٦٩٧٨.
(٣) تفسير ابن كثير (٤٤٩/٣).
(٤) المبسوط (٢٦٨/٣٠).

وثـــور بن يزيد كرها ذلك؛ لأنه تشبه بالرهبان، فقال أبو يوسف: كان رسول الله ﷺ يلبس النعال التي لها شفور، وإنها من لباس الرهبان[1].

وفي ذلك إشارة إلى أن صورة المشابهة فيما يتعلق به صلاح العباد لا تضر، وقد تعلـــق بهـــذا الـــنوع من الأحكام صلاح العباد، فإن من الأراضي ما لا يمكن قطع المسافة البعيدة فيها إلا بهذا النوع[2].

وذهـــب الحنفية إلى أن اتخاذ النعل من الخشب بدعة[3]، والذي يترجح لي هو جواز لبس النعال من الخشب، سواء كانت محفوفة بالحديد، أو غير محفوفة به؛ لعدم ورود الدليل على التحريم، والأصل في الأشياء الحل.

ثالث عشر: لباس المرقع من الثياب:

لقـــد روى مسلم عن أم المؤمنين عائشة -رضي الله عنها- أنها أخرجت إزارا وكســـاء ملـــبدا، فقالت: في هذا قبض رسول الله ﷺ[4]، قال العلماء: الملبد: بفتح الباء: وهو المرقع، يقال: لبدت القميص ألبده بالتخفيف وبالتشديد، وقيل: هو الذي ثخن وسطه حتى صار لبد[5].

وفي هـــذا الحديـــث ما كان عليه النبي ﷺمن الزهادة في الدنيا، والإعراض عن متاعها وملاذها، وشهواتها، وفاخر ثيابها، واجتزائه بما يحصل به أذى التجزئة[6].

---

(١) الفتاوى الهندية (٥/٣٣٣)، ولم أجده.
(٢) الفتاوى الهندية (٥/٣٣٣)
(٣) الفتاوى الهندية (٥/٣٣٤).
(٤) رواه مسلم (٣/١٦٤٩) حديث رقم: ٢٠٨٠.
(٥) شرح النووي على صحيح مسلم (١٤/٥٣).
(٦) شرح النووي على صحيح مسلم (١٤/٥٢).

وقد نص العلماء على أنه يجوز لبس المرقع من الثياب[1]، وذهب بعض الحنفية إلى أنه من سنة الإسلام لبس المرقع والخشن من الثياب[2].

وقد حذر ابن تيمية مما يفعله بعض الناس من العمد إلى ثوب صحيح، فيمزقه، ثم يرقعه بفضلات، فهذا جمع فسادين، أما من جهة الدين فإنه يظن التقيد بلبس المرقع من الدين، ثم يريد أن يظهر صورة ذلك دون حقيقة، وفساد المال بإتلافه، وإنفاقه فيما لا ينفع لا في الدين ولا في الدنيا[3].

والذي يترجح لي هو جواز لبس المرقع من الثياب ما لم تكن شهرة.

رابع عشر: طرح القباء على الكتفين:

يجوز للرجل أن يطرح القباء على الكتفين دون أن يدخل يديه في الأكمام، وقد سئل ابن تيمية عن طرح القباء على الكتفين، من غير أن يدخل يديه في أكمامه، فأجاب:"لا بأس بذلك باتفاق العلماء والفقهاء، وقد ذكروا ذلك، وليس هذا من السدل المكروه؛ لأن هذه اللبسة ليست لبسة اليهود "[4].

ويمكن النظر إلى أقوالهم في باب الإحرام، عندما تكلموا عن حكم إدخال المحرم منكبه في العباءة من غير أن يدخل يديه في كميه، ولا يزره عليه[5].

(١) المغني (٣٤٢/١).
(٢) الفتاوى الهندية (٣٣٣/٥).
(٣) الفتاوى الهندية (٥٥٦/١١).
(٤) الفتاوى (١٤٤/٢٢)، وانظر كشاف القناع (٢٧٥/١).
(٥) التمهيد (١١٧/١٥).

خامس عشر: شد الوسط:

اختلف العلماء في حكم شد الوسط بمئزر أو حبل أو نحوه، فكرهوا شد وسطه على القميص؛ لأنه من زي اليهود، وأجازوا شده على القباء؛ لأنه من عادة المسلمين[1].

سادس عشر: تطويل الأكمام وسعتها:

قال الشوكاني:"تطويل أكمام القميص تطويلا زائدا على المعتاد من الإسبال، وقد نقل القاضي عياض عن العلماء كراهة ما زاد على المعتاد في اللباس في الطول والسعة[2].

سابع عشر: لباس الشفاف:

يُكره للرجل لبس الرقيق من الثياب، وهو ما يصف البشرة، غير العورة، بحيث يبين من ورائه بياض الجلد، وحمرته[3].

ثامن عشر: عدم زر القميص:

لقد ورد عن رسول ﷺ، أنه كان محلول الأزرار[4]، كما ورد عن ابن عمر رضي الله عنه أنه كان لا يزر قميصه، فعن ثابت بن عبيد قال: ما رأيت ابن عمر يزر قميصه قط [5]، وكان سالم يصلي محلول الأزرار، وقد رخص أبو حنيفة ومالك وأبو ثور في الصلاة في القميص محلول الأزرار[6].

---

(١) كشاف القناع (٢٧٦/١).
(٢) نيل الأوطار (١١٤/٢).
(٣) الآداب الشرعية (٣/).
(٤) شرح سنن ابن ماجة(٢/١).
(٥) الطبقات الكبرى (١٧٤/٤).
(٦) التمهيد (٣٧٥/٦).

الخاتمة

لقد توصلت من خلال هذه الدراسة إلى العديد من النتائج، أهمها ما يلي:

١- أن حكمـــة حاجة الإنسان للباس، ليرشدهم الله إلى حاجتهم للباس المعنوي، وهو التقوى.

٢- يخـــتلف حكم اللباس في الفقه الإسلامي، بحسب اختلاف المقصود منه، ولونه، ونوعه، وهيئته.

٣- السنة للرجال تجميل الثياب، من غير إسراف ولا تفاخر.

٤- لا خـــلاف بـــين العـــلماء على مشروعية لبس البياض من الثياب، والراجح عندي أنه سنة.

٥- جواز لبس الرجل للخف الأحمر والأبيض، خلافا لبعض العلماء.

٦- يحرم على الرجل لبس الحرير، ما لم تكن هناك حاجة.

٧- جواز لبس الفراء للرجال.

٨- يحرم على الرجل لبس ما كان مخصوصا للنساء في جنسه أو هيئته.

٩- يحرم الإسبال إن كان خيلاء، ويكره من غيره.

١٠- يباح للرجل حمل الخرقة، والمناديل للحاجة.

١١- يحرم على الرجل لبس ما يختص به الأعاجم.

١٢- يحرم على الرجل لبس ما فيه شهرة.

١٣- يجوز لبس المرقع من الثياب.

١٤- يجـــوز للرجل أن يطرح القباء ونحوها على الكتفين، دون أن يدخل يديه في الأكمام.

١٥- يكره للرجل لبس الرقيق من الثياب.

هذا وصلى الله على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين، والحمد لله رب العالمين.

المراجع

١. الآداب الشرعية - محمد بن مفلح المقدسي - تحقيق شعيب أرنؤوط وآخر، مؤسسة الرسالة ـ ط أولى ١٤١٦هـ.

٢. الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان - زين العابدين بن إبراهيم ابن نجيم - دار الكتب العلمية -بيروت- ط أولى- ١٤١٣ هـ.

٣. الاستقامة - أحمد بن عبدالحليم بن تيمية - تحقيق محمد رشاد - جامعة الإمام محمد بن سعود - ط الأولى ١٤٠٣هـ.

٤. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - علاء الدين الكاساني -دار الكتاب العربي - بيروت - ط الثانية ١٩٨٢م.

٥. تحفة الأحوذي -محمد عبدالرحمن الماركفوري - دار الكتب العلمية ـ بيروت.

٦. التفريع - ابن الجلاب - تحقيق حسين الدهماني - دار الغرب الإسلامي - ط الأولى - ١٤٠٨هـ ١٩٨٨م.

٧. تفسير القرآن العظيم - إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي - دار الفكر - بيروت - ١٤٠١هـ.

٨. جامع البيان عن تأويل آي القرآن - محمد بن جرير الطبري - دار الفكر - بيروت - ١٤٠٥هـ.

٩. الجامع الصحيح - سنن الترمذي - محمد بن عيسى الترمذي - تحقيق أحمد شاكر وآخرون - دار إحياء التراث العربي - بيروت.

١٠. الجامع الصغير - عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي - تحقيق محمد المناوي - دار طائر العلم ـ جدة.

١١. الجامع لأحكام القرآن – محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي – تحقيق أحمد عبدالعليم – دار الشعب – القاهرة – ط الثانية – ١٣٧٢هـ.

١٢. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير – محمد عرفة الدسوقي –دار الفكر –بيروت – ط أولى ١٤١٩هـ.

١٣. الصحاح – إسماعيل بن حماد الجوهري – تحقيق شهاب الدين أبو عمر – دار الفكر – ط أولى – ١٤١٨هـ.

١٤. صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان – محمد بن حبان بن أحمد البستي – تحقيق شعيب الأرنؤوط – مؤسسة الرسالة – بيروت – ط الثانية – ١٤١٤هـ.

١٥. صحيح مسلم – مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري – تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي – دار إحياء التراث العربي – بيروت.

١٦. الطبقات الكبرى – محمد بن سعد بن منيع الزهري – دار صادر – بيروت.

١٧. الفتاوى – أحمد بن عبدالحليم بن تيمية – مكتبة ابن تيمية – ط الثالثة – ١٤٠٣هـ.

١٨. الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة – الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند –دار إحياء التراث العربي – بيروت – ط الرابعة – ١٤٠٦هـ.

١٩. فتح الباري شرح صحيح البخاري – أحمد بن علي بن حجر العسقلاني – تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي وآخر – دار المعرفة – بيروت، ١٣٧٩هـ.

٢٠. فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب – زكريا الأنصاري – دار الكتب العلمية – ط الأولى ١٤١٨هـ.

٢١. كشاف القناع على متن الإقناع - منصور البهوتي - تحقيق مصيلحي هلال - دار الفكر - بيروت - ١٤٠٢هـ.

٢٢. لسان العرب - محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي - دار صادر - بيروت - ط أولى.

٢٣. المجتبى من السنن - أحمد بن شعيب النسائي - تحقيق عبد الفتاح أبو غدة - مكتبة المطبوعات الإسلامية - حلب - ط الثانية - ١٤٠٦ هـ.

٢٤. مختار الصحاح - محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الأزي - تحقيق محمود خاطر -- الرياضية وآثارها الجنائية - د.محمد الطبطبائي - بحث مرسل لمجلة الحقوق جامعة الكويت - ٢٠٠٢.

٢٥. مسند الإمام أحمد بن حنبل - أحمد بن حنبل الشيباني - مؤسسة قرطبة - مصر.

٢٦. المصباح المنير - أحمد بن محمد الفيومي - تحقيق علي البجاوي وآخر - المكتبة العلمية - بيروت - ط الثانية - ١٤٠١هـ.

٢٧. المعجم المفهرس في سنن الدار قطني - يوسف المرعشلي - دار الباز - مكة المكرمة - ط الأولى ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م

٢٨. المغرب في ترتيب المعرب - ناصر الدين بن عبد السيد بن علي بن المطرز - تحقيق أسامة بن زيد - حلب - ط أولى - ١٩٧٩م.

٢٩. المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني - عبدالله بن أحمد بن قدامة - دار الفكر - بيروت - ط أولى - ١٤٠٥هـ.

٣٠. نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار - محمد بن علي الشوكاني - دار الجيل - بيروت - ١٩٧٣م.

٣١. نيل المآرب في تهذيب شرح عمدة الطالب - عبدالله البسام - النهضة الحديثة - مكة - ط الثانية.

السكوت وأثره في إبرام العقد

دراسة مقارنة

Sille nce:it's legal effect on contract's conclusion A comparative study

د. يزيد أنيس نصير

أستاذ القانون المدني المساعد – قسم الدراسات القانونية - جامعة آل البيت المفرق -الأردن

﴿**فكلي واشربي وقرّي عيناً فإما ترين من البشر أحداً فقولي إني نذرت للرحمن صوماً فلن أكلم اليوم إنسيا**﴾. سورة مريم (٢٦)

ملخص البحث:

الأصل في إبرام العقد الإيجاب والقبول، وأن يتم ذلك لفظاً، و يمكن أن يتم إبرام العقد بكافة طرق التعبير، ولايعد السكوت تعبيراً عن إرادة ما، إلا إذا لازمته بعض الظروف المحيطة قد نعتبره أحياناً على أنه قبول للعرض أو للإيجاب، وهناك بعض الاستثناءات لمسألة السكوت في إبرام العقد، علي أن مبدأ السكوت لايعتبر قبولاً، وجوهر التصرف القانوني هو الإرادة، وجوهر الإرادة هو التعبير عنها، وجميع هذه الاستثناءات مشتركة تستدعيها بعض الظروف المحيطة بهذا السكوت.

ولقد أوضحت الدراسة لبعض التشريعات وذكر منها القانون الألماني الذي يأخذ بنظام الإرادة المنفردة، واعتبر بأن الهبة لاتحتاج إلى قبول، والسكوت يعتبر قبولاً فيها، والقانون الفرنسي لم يأخذ بالإرادة المنفردة، ويشترط بأن تكون للهبة

نصـــاً صـــريحاً، فالسكوت لايعتبر قبولاً، والقانون الأردني قد أخذ بالإرادة المنفردة واعتبر الهبة عقداً لابد فيه من القبول، ولم يعتبر النظام الأنجلو سكسوني التصرفات التبرعية ومنها الهبة من حيث المبدأ بأنها مُلزمة للواهب ما لم يكن هناك مقابلاً لها.

أمـــا فـــيما يخص المعاوضات المالية فإن أكثر النظم القانونية مشتركة، فتعتبر الســـكوت بأنـــه يشـــكل قبولاً، إلا في بعض الحالات، ومنها : تعامل سابق بين الطـــرفين، ممارسة سلطات المالك من قبل الموجب إليه على الشيء محل العقد، إذا كان العقد يتمخض عنه منافع لصالح الموجب، العادات والممارسات التجارية .

ومســـألة اعتبار السكوت إيجاباً أو قبولاً فهي محل خلاف في الأنظمة، وهناك بعض القوانين بدأت تميل في بعض الأوضاع إلى اعتبار مسألة السكوت إيجاباً.

مقدمة :

الأصل أن يتم إبرام العقد بإيجاب وقبول صريحين، كما وان الأصل أيضاً أن يصدر الإيجاب والقبول لفظاً. إلا أنه وطبقاً لمبدأ حرية التعبير عن الإرادة، فإنه يمكن أن يتم إبرام العقد بكافة طرق التعبير عنها. إن السكوت بحد ذاته لا يمكن اعتباره تعبيراً عن إرادة ما فهو أمر سلبي لا يعكس نية للموجب أو للموجب إليه، إلا أن سكوت الموجب له إذا لازمته بعض الظروف المحيطة قد يفسر أحياناً على انه قبول للعرض أو للإيجاب الموجه إليه.

تعرض هذه الدراسة لمسألة السكوت في إبرام العقد حيث أن هناك استثناءات على مبدأ أن السكوت لا يعتبر قبولاً. ولا تقتصر هذه الإستثناءات على نظام قانوني دون آخر حيث أن معظمها هو استثناءات مشتركة تستدعيها حاجة التعامل وتفرضها الظروف المحيطة بهذا السكوت والذي هو في الحقيقة ليس سكوتاً بل هو تصرف أو عدم تصرف يتخذه الموجب إليه كموقف يعبر به عن قبوله.

لقد تناول الفرع الأول من هذه الدراسة السكوت ودلالته في النظام الأنجلوسكسوني حيث تعرض للاستثناءات الواردة على مبدأ عدم اعتبار السكوت قبولاً. ثم تعرض الفرع الثاني لموقف القانون الفرنسي من السكوت و الإستثناءات الفقهية والقضائية على المبدأ، كما وتعرض لمسألة تجديد عقدي الإيجار والتأمين في القانون المدني. أما الفرع الثالث فقد تناول موقف القانون الألماني من المبدأ وتعرض للاستثناءات التي نص عليها كل من القانون المدني والقانون التجاري، ثم تعرض لموقف القضاء الألماني من مسألة التأكيد الكتابي للاتفاقيات الشفهية. الفرع الرابع من هذه الدراسة تعرض للاتفاقيات الدولية بخصوص المبدأ حيث لا تخفي أهمية هذه

الاتفاقيات باعتبارها تمثل إجماعاً قانونياً دولياً. وقد تعرض هذا الفرع لكل من موقف اتفاقية فينا للبيع الدولي وكذلك موقف كل من مبادئ العقود التجارية الدولية والمبادئ الأوروبية بخصوص العقد.

أما الفرع الخامس فقد تناول موقف القانون المدني الاردني من المبدأ واستثناءاته. واخيراً فقد تم انهاء هذه الدراسة بفرع تناولنا فيه السكوت ودلالته في الايجاب حيث إن القانون الإنجليزي بدأ يميل الى اعتبار ان الايجاب ربما يتم بسكوت الموجب.

الفرع الأول
السكوت وأثره في إبرام العقد في النظام الأنجلوسكسوني

المبحث الأول
القانون الانجليزي- القاعدة الاساس

إن القاعدة الأساس في القانون الإنجليزي بخصوص السكوت أن سكوت الموجب إليه لا يعتبر قبولاً وهذه القاعدة يؤخذ بها لسبب بسيط، وهو أن السكوت في الأصل ليس له دلالة ما، كما أنه من الصعب معرفة الأسباب الحقيقية لسكوت الموجب إليه. ولا يغير من هذه القاعدة ذكر الموجب في إيجابه اعتبار سكوت الموجب إليه وعدم رده على الإيجاب المقدم إليه قبولاً، وذلك لأن مثل هذا النص يفرض التزاماً على الموجب إليه بالرد إذا أراد رفض الإيجاب، وهذا ما يفرض بعض المشقة على الموجب إليه الذي قد لا يرغب بإبرام العقد.

لقد تأكدت هذه القاعدة في قضية قديمة[1] حيث كان المدعي قد تقدم بإيجاب لأبن أخيه لشراء حصان منه عبر رسالة ذكر فيها بأنه في حال عدم إعلامه بأي نبأ بشأن الحصان، فإنه سيعتبر أن الحصان قد اصبح ملكاً له. إلا أن الحصان بيع لاحقاً من قبل مشرف المزرعة لشخص آخر، وعلى هذا لجأ المدعي إلى القضاء مطالباً بالتعويض من مشرف المزرعة على بيعه للحصان الذي يعتقد أنه قد أصبح ملكاً له لعدم رد ابن أخيه على رسالته.

لقد أعلنت المحكمة أنه حين قيام مشرف المزرعة ببيع الحصان لم يكن هناك أي عقد قد نشأ بين المدعي وبين ابن أخيه بخصوص الحصان لأنه لا يحق للمدعي أن يفرض على ابن أخيه بيع الحصان إن لم يقم برد أو رفض الإيجاب، فعندما لا يرغب الموجب إليه بقبول الإيجاب المقدم إليه بشأن عقد ما، فإنه لا يوجد ما يستدعي أن نفرض عليه مشقة وتكلفة الرد على هذا الإيجاب.

إن قاعدة عدم اعتبار السكوت قبولاً هي قاعدة تتفق مع مبادئ إبرام العقد التي تتطلب قيام الموجب إليه بإبلاغ قبوله للموجب وبالتالي فإن اعتبار مجرد السكوت قبولاً يتعارض مع ذلك.

المطلب الأول
استثناءات القاعدة

هناك بعض الحالات التي اعترف بها القانون الإنجليزي بأن السكوت قد يشكل قبولاً للإيجاب.

(١) Felthouse v. Bindley (1862) 11 C.B (N.S) 869.

أولاً: وجود تعامل سابق بين الطرفين:

إذا كان هناك تعاملاً سابقاً بين الطرفين فإن الموجب قد يفترض أن سكوت الموجب إليه وعدم قيامه بالرد على الإيجاب يعتبر قبولاً منه بهذا الإيجاب، كما هو الحال في صاحب المحل التجاري الذي يقوم بشراء بضاعته من تاجر الجملة، بقيامه بالتقدم بإيجاب وقيام تاجر الجملة بإرسال البضاعة المطلوبة إلى التاجر مباشرة دون إعلامه قبل ذلك بقبوله للإيجاب المقدم إليه. في مثل هذا الوضع، لا يعتبر منافياً للمنطق أن نفرض على تاجر الجملة واجب الرد الفوري في حال عدم رغبته بالموافقة على الإيجاب الذي تقدم به زبونه وخاصة إذا كان الموجب –الزبون– يعتقد أن البضاعة ستصل إليه كما هو معتاد دون إبلاغه بالقبول وقيامه بالامتناع عن البحث عن بديل آخر للحصول على هذه البضاعة[1]. أما إذا لم يكن هناك تعامل سابق بين الطرفين فإن إرسال بضاعة من تاجر لشخص آخر وإعلامه مثلاً أن عدم رد البضاعة خلال عشرة أيام يعتبر قبولاً منه بشراء هذه البضاعة لا يعتد به، وعدم رد هذا الشخص على الإيجاب المقدم إليه لا يشكل قبولاً للعقد إلا إذا قام فعلاً باستلام البضاعة المرسلة إليه مع توافر قصد قبولها لديه[2]. إلا أنه بموجب قانون صدر عام ١٩٧١ فإنه يمكن اعتبار مثل هذه البضاعة المرسلة دون طلب هبة[3].

إن من الممكن للإيجاب أن ينص على طرق محددة يجب أن يتم فيها القبول، إلا أن الموجب لا يستطيع أن يتنازل عن متطلب إبلاغه بقبول إيجابه. إنه يخالف المنطق أن نفترض أن الشخص قد قام بالقبول لمجرد عدم رفضه للإيجاب صراحة حتى ولو أن الإيجاب كان ينص على أن سكوت الموجب إليه يجب اعتباره قبولاً[4]. ففي

---

(١) G.H. Treitel. The Law of Contract. 8th ed. Sweet and Maxwell. London. 1991 p.32.

(٢) Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract 11th. ed. Butterworths. London 1987p.48.

(٣) Unsolicited Goods and Serviccs Act. 1971.

(٤) Clarendon Press. P.S. Atiyah. An Introduction to the Law of Contract. 5th ed. Oxford1995.P.71.

قضية Felthouse المشار إليها سابقاً قررت المحكمة عدم وجود عقد لعدم قيام الموجب إليه بإبلاغ قبوله إلى الموجب مع أن بعض وقائع القضية تشير إلى أن الموجب إليه في الواقع كان قد قبل الإيجاب المقدم إليه بإيعازه إلى مشرف مزرعته بعدم وضع الحصان على قائمة البيع. ومع ذلك فإن هذا لا يعني أن الموجب نفسه لايعتبر ملزماً بتنازله عن متطلب إبلاغ القبول إذا انصرفت نية الموجب إليه إلى القبول حيث أنه من الصعوبة قبول ادعاء الموجب بأنه لم يتم إبلاغه بقبول الإيجاب إذا كان قد نص في إيجابه على عدم ضرورة هذا الإبلاغ.

ثانياً: انتفاع الموجب إليه:

إن قيام الموجب، وبعلم الموجب إليه، بالبدء بتنفيذ التزامه طبقاً للإيجاب الذي تقدم به وحصول منفعة للموجب إليه نتيجة لهذا التنفيذ يستدعي اعتبار سكوت الموجب إليه دليلاً على قبوله للإيجاب. كما وأن هذا الوضع يمكن معالجته على أساس مبدأ الإثراء بلا سبب(1).

ثالثاً: قيام الموجب بالتقدم بإيجاب بناء على دعوة من الموجب إليه:

في مثل هذا الوضع وخاصة عندما يقوم الموجب بالتقدم بإيجابه من خلال نموذج يكون قد أعده الموجب إليه نفسه فإن سكوت الموجب إليه يعد قبولاً وخاصة أن حجة مشقة وكلفة الرد على الإيجاب تفقد قيمتها لأن الموجب إليه نفسه هو الذي استحث الموجب على التقدم بإيجابه وعليه يقع واجب الرد على هذا الإيجاب إذا ما أراد عدم قبوله(2).

---

(1) ترايتل، مرجع سابق، ص ٣٢.
(2) نفس المرجع، ص ٣٢.

المبحث الثاني
القيام أو عدم القيام بتصرف ودلالته على القبول

لا يقتصر اعتبار السكوت أحياناً قبولاً للإيجاب، بل أن القيام بتصرف ما أو عدم القيام بذلك قد يفسر في القانون الإنجليزي على أنه قبول بالإيجاب.

القيام بتصرف ودلالته على القبول:

يمكن أن يتم قبول الإيجاب بتصرف أو فعل ما يصدر عن الموجب إليه إذا كان مثل هذا التصرف يحمل دلالة القبول. فاستعمال الشخص للبضاعة المرسلة إليه قد يدل على قبوله بشرائها كما أن قيام الموجب إليه بإرسال البضاعة إلى الشخص الذي يطلبها يعتبر قبولاً منه للإيجاب. يشترط لمثل هذا التصرف أن يكون مقترناً بنية القبول لكي يمكن اعتباره قبولاً فالنية هنا شرط أساسي إلا أن المعيار الموضوعي هو الذي يطبق في هذا المجال. إن العقود التي تبرم نتيجة لاعتبار تصرف ما قبولاً تثير مسألة تحديد الشروط العقدية بين الطرفين حيث أنه من الصعوبة بمكان تحديد مثل هذه الشروط الأمر الذي في كثير من الأحيان قد يؤدي إلى عدم اعتبار أن هناك عقداً قد نشأ بين الطرفين[1].

من القضايا الشهيرة التي أعلن القضاء فيها عن نشوء عقد نتيجة لتصرفات الطرفين قضيةBrogden[2]. حيث تم تبادل بعض المراسلات بين الطرفين بخصوص بيع كميات كبيرة من الفحم إلا أن هذه المراسلات كانت متناقضة بحيث أنها لم تشر إلى التقاء إرادتي الطرفين. لقد أعلنت المحكمة أن تصرف الطرفين اللاحق على تبادل المراسلات والمتمثل بإرسال كميات من الفحم والقيام بدفع أثمانها هو الدليل

(١) Capital Finance Co. Ltd. V. Bray [1964] 1 WLR 323.
(٢) Brogden v. Metropolitan Railway co(1877)A.C.666.

على وجود عقد ملزم بينهما. من الأمثلة أيضاً على التصرف الذي يعتبر قبولاً تسوية حساب بين الطرفين وقيام المدين بالدفع بواسطة شك على أساس أن مبلغ الشك يمثل التسوية النهائية للحساب وقيام الدائن بوضع الشك في حسابه. أن مثل هذا السلوك أو التصرف يعتبر دليلاً على قبوله بمبلغ التسوية النهائية[1].

مع أن القضاء اعترف بأن اتباع سلوك ما قد يعتبر قبولاً، إلا أنه لم يناقش ماهية السلوك أو التصرف الذي يمكن أن يعتبر دالاً على القبول. يمكن القول أن هذا التصرف يجب أن يدل دلالة قاطعة على القبول[2].كما أن الظروف يجب أن تكون ملائمة وبشكل تام لامكان اعتبار السلوك قبولاً وكمثال فإن الإيجاب يجب أن يدعو إلى ذلك أو يشير إليه فعميل البنك الذي يقوم بتحرير شك يتجاوز مبلغه مبلغ رصيده في البنك دون إجراء أي اتصال مسبق مع البنك بخصوص هذا الشك إنما يعني أنه يوجه إيجاباً إلى البنك لإقراضه مبلغ الشك بدفع قيمته لحامل الشك، فإذا ما قام البنك بالدفع فإن ذلك يعد قبولاً تم بالتصرف الذي أجراه البنك وهو عملية الدفع.

لقد أصبح التمييز بين السلوك واللفظ صعباً مع انتشار أجهزة الكمبيوتر وما شابهها من وسائل الاتصالات الحديثة مثلاً عندما يقوم عميل بنك بالتقدم من جهاز الصرف الآلي واستعماله فإن عليه الإجابة على أسئلة تظهر على الشاشة أمامه بشأن نوع الخدمة التي يرغب بها أو كمية النقود التي يرغب بسحبها، فإذا ما قام بالإجابة بالضغط على بعض الأزرار أو المفاتيح أمامه فإنه ليس مؤكداً فيما إذا كان ذلك يعتبر قبولاً للإيجاب بواسطة التصرف الذي يقوم به أو بواسطة الكتابة[3]. ولكننا نميل إلى اعتبار ذلك قبولاً بالكتابة لأن ناتج التصرف الذي يقوم به العميل إنما يتم

(١) اتيه – مرجع سابق- ص ٧٤.
(٢) The Aramis [1989] 1 Lioyd's Rep. 213, 234 per Bingham.
(٣) ترايتل- مرجع سابق. ص ٧٣.

تسجيله واسترجاعه كتابة.

عدم القيام بتصرف ودلالته على القبول:

إذا كان يمكن اعتبار التصرف بطريقة ما دلالة على القبول فإن عدم التصرف أيضاً قد يمكن اعتباره دالاً على القبول، فإذا ما أبلغ المؤجر المستأجر برفع أجرة العقار الذي يستأجره هذا الأخير فإن بقاء المستأجر شاغلاً للمأجور يعتبر قبولاً منه برفع الأجرة، ومع أن القضاء[1] قد يعتبر مثل هذا الأمر قبولاً يتم بواسطة السكوت، إلا أنه في حقيقته يعتبر قبولاً بعدم القيام بتصرف ما[2]؛ ولقد أشير حديثاً إلى أن مثل هذا الأمر لا يمكن قبوله إلا إذا كان المؤجر قد أشار في إيجابه إلى عدم ضرورة الرد على إيجابه[3].

إن اعتبار عدم القيام بتصرف معين والاحتفاظ بموقف سلبي قبولاً، يخالف في حقيقة الأمر مبدأ أن القصد الذهني أو الباطني للقبول لا يعتبر كافياً بل لا بد من إظهاره إلى العالم الخارجي، والحقيقة أن محكمة الاستئناف كانت قد أخذت في أحد القضايا بهذا الاتجاه وأعلنت أنه من الممكن استنتاج وجود اتفاق بين الطرفين لإلغاء اتفاق التحكيم بينهما من مجرد عدم قيام أي طرف من طرفي هذا الاتفاق باتخاذ أي خطوة للسير في التحكيم ولفترة طويلة بعد أن نشأ التراع بين الطرفين والذي كان يستدعي مثل هذا التحكيم[4]. هذا وقد أُثيرت الشكوك لاحقاً بخصوص هذا الحكم القضائي لتعارضه مع مبادئ نظرية العقد[5].

(١) Roberts v. Hagward (1826) 3 c and p.432.

(٢) تراتيل – مرجع سابق- ص ٣٣.

(٣) اتيه – مرجع سابق. ص ٧٥.

(٤) The Splendid Sun [1981] 1 Q.B. 694.

(٥) The Hannah Blumenthal [1983] 1 A.C. 854.

إن البعض يرى أن هناك اعتبارات خاصة فيما يتعلق بالإيجاب الخاص بالعقود السنوية التي عادة ما يجري تجديدها بشكل تلقائي ومعتاد كعقود التأمين. فارسال شركة التأمين إلى المؤمن عليه ايجاباً في نهاية السنة لتجديد عقد تأمينه وابلاغه بأنه إذا ما رغب بالتجديد فإنه ليس مطلوباً منه القيام بأي عمل ما، ثم قيام الشركة لاحقاً باعتبار الاقساط المترتبة على هذا الشخص ديناً عليه ينشئ عقداً ولا يمكن الاحتجاج بأن المؤمن عليه لم يقم بابلاغ قبوله للشركة.

المبحث الثالث
الولايات المتحدة

في الولايات المتحدة يمكن أن يكون هناك قبول ضمني بواسطة السكوت أو اتخاذ سلوك ما، ومع أن الموجب اليه ليس ملزماً بالرد في حال كون الإيجاب الذي يصله ينص على أن سكوته يعتبر قبولاً ومثل هذا الشرط لا يعتد به،إلا أنه إذا انصرفت نية الموجب اليه بسكوته الى قبول هذا الإيجاب فعلاً فإن السكوت هنا يعتبر قبولاً. كما أن السكوت يعتبر أيضاً قبولاً إذا كان الموجب إليه نفسه هو الذي اعلن ذلك مثلاً "إذا لم اقم بإعلامك قبل الأول من تموز فإن لك أن تفترض أنني قد قبلت الإيجاب الموجه منك لي" فسكوت الموجب إليه إلى ما بعد التاريخ المحدد يعتبر قبولاً منه للإيجاب.

إن التعامل السابق والمعتاد بين الطرفين قد يبرر اعتبار سكوت أحدهما قبولاً بالإيجاب الموجه إليه، فمثلاً إذا كان المشتري ولمرات عديدة قد اعتاد القيام بدفع أثمان بضاعة كانت تصله من البائع دون طلب منه لهذه البضاعة، فإن إرسال البائع مرة أخرى للبضاعة واحتفاظ المتلقي بها يعتبر دليلاً على قبوله بها. في مثل هذه الحالة

فإن الوضع السابق للعلاقة بين الطرفين تستدعي اعتبار السكوت قبولاً. من الحالات الأخرى أيضاً أن يتلقى شخص خدمة ما من شخص آخر وتكون هذه الخدمة وبشكل متعارف عليه تقدم مقابل تعويض ما – مثل هذا النوع من الخدمة لا يقدم مجاناً–، وكانت هناك فرصة أمام المتلقي لرفض هذه الخدمة إلا أنه لم يقم بذلك حيث أن سكوته هنا يعتبر قبولاً وعليه يقع التزام دفع ثمن هذه الخدمة. إلا أنه إذا كان الشيء الذي تم تلقيه ليس خدمات بل بضاعة تم إرسالها دون طلب ودون تعامل سابق فإن استمرار المتلقي لهذه البضاعة محتفظاً بها لا يعد قبولاً إلا إذا قام هذا المتلقي بممارسة بعض التصرفات على البضاعة والتي يستشف منها قبوله بها كبيعها أو إعارتها أو استعمالها مثلاً. أما مجرد الاحتفاظ بها لمرسلها فلا يشكل قبولاً، علماً أن هناك قانوناً فيدرالياً ينص على أن إرسال بضاعة إلى شخص دون طلب منه يعتبر هبة لهذه البضاعة (1).

والحقيقة أن الاتجاه المشار إليه أعلاه قد أخذت به مدونة العقد الثانية حيث نصت هذه المدونة على أن التعبير عن الرضى قد يتم كلياً أو جزئياً كتابة أو لفظاً أو بأي تصرف آخر أو بعدم القيام بتصرف ما(2).

كما أن المادة (٦٩) (3)من المدونة قد تطرقت للحالات التي يعتبر السكوت فيها قبولاً حيث نصت على أنه عندما يمتنع الموجب إليه عن الرد على الإيجاب فإن

---

(١) John w. Collins and others, Business law Text and cases. Vol.1. John Wiley and Son1986. P.p.187-188.

(٢) S. 19 (1) "The manifestation of assent may be made wholly or partly by written or spoken words or by other acts or by failure to act.

(٣) S. 69 Acceptance by silence or exercise of Dominion.

(1) Where an offeree fails to reply to an offer, his silence and inaction operate as an acceptance in the following cases only:
(a) where an offeree takes The benefit of offered services with reasonable opportunity to reject Them and reason to know that they were offered with the expectation of compensation.

سكوته يكون قبولاً في الحالات التالية فقط:-

(أ) عندما يحصل الموجب إليه على منفعة الخدمة المقدمة إليه مع وجود فرصة لديه لرفض هذه الخدمة واسباب توجب علمه بأنها قدمت له مع توقع الموجب بالتعويض بدلاً عنها.

(ب) إذا نص الموجب في ايجابه أو اعطى للموجب إليه ما يشير الى أن سكوت الأخير أو عدم تصرفه يعتبر قبولاً للإيجاب وانصراف قصد الموجب إليه، بسكوته أو عدم قيامه بتصرف إلى قبول الإيجاب.

(ج) عندما يكون أمراً منطقياً وبسبب التعامل السابق بين الطرفين أو لأسباب أخرى وجوب رد الموجب إليه على الموجب إذا كان لا يرغب بقبول الإيجاب كما وان ممارسة الموجب اليه على الشيء محل الايجاب أي تصرف يتعارض مع ملكية الموجب لهذا الشيء يجعله ملزماً بالايجاب وبشروطه ما لم تكن هذه الشروط مخالفة للمنطق.

(b) Where the offeror has stated or given the offeree reason to understand That assent may be manifested by silence or inaction, and the oferree in remaining silent and inactive intend to accept the offer.

(c) Where because of previous dealings or other wise, it is reasonable that the offeree shold notify the offeror if he does not intend to accept.

(2) An offeree who does any act inconsistent with the offeror's ownership of offered property is bound in accordance with the offered terms unless they are manifestly unreasonable. But if the act is wrong ful as against the offeror it is an acceptance only if ratified by him.

الفرع الثاني
النظام اللاتيني / القانون الفرنسي

لم يتعرض القانون المدني الفرنسي لمسألة السكوت واثره في إبرام العقد، إلا أن محكمة النقض وفي قرار لها عام ١٨٧٠ كانت قد اتخذت موقفاً حول هذا الأمر حيث أعلنت وكمبدأ عام بأن السكوت لا يترتب عليه أي اثار قانونية، فقيام احد البنوك بالكتابة إلى أحد عملائه يعلمه بأنه سيقوم بشراء بعض الأسهم له، وأنه سيقوم بدفع اثمانها من رصيد هذا العميل وعدم رد العميل على ذلك، لا يعتبر قبولاً منه بعملية الشراء(١). على هذا الأساس فإن القبول لا يمكن استخلاصه من السكوت أو عدم القيام بتصرف ما من قبل من وجه له الإيجاب(٢). فالصمت المجرد للموجب إليه لا يمكن أن يكون من حيث المبدأ قبولاً(٣).

---

(١) En droit, Les silence de celui quoú prétend obligé‹ ne peut suffice, en l'absence de Toute autre circonstance, pour faire preure contre lui de l'obligation alleguee" Civ. 25.5. 1870, D 1870.1.257.S.1870,1.341.

(٢) Amos and Walton's Introduction to French Law . Third ed. Clarendon press. Oxford 1967 p.156

(٣) C. Aubry and C. Rau. Cours de droit civil francais vol. IV . 6th ed. 1965 west pub. st. paul. Minn. S. 343.

المبحث الأول

الإستثناءات على مبدأ عدم اعتبار السكوت قبولاً

هناك بعض الإستثناءات التي أخذ بها القضاء والفقه الفرنسيان واعتبر فيها أن السكوت يعتبر قبولاً ومنها:-

أولاً: الايجاب الذي يحتوي منفعة للموجب إليه:

إن الإيجاب الذي يتقدم به الموجب ويكون لمصلحة الموجب إليه بشكل حصري، يعتبر الموجب إليه قابلاً له بسكوته وعدم الرد عليه، فالشخص الذي يتسلـــم ايجاباً فيه نفـــع خالص له يعتبر قابلاً له حتى ولو لم يرد عليه ايجاباً.

لقد أخذ القضاء الفرنسي بهذا الاستثناء في كثير من القضايا أهمها قضية كانت تتعلق ببدل ايجار حيث أكدت محكمة النقض أنه وعلى الرغم من حيث المبدأ من أن السكوت لا يشكل قبولاً إلا أن قضاة الموضوع وبما لهم من صلاحيات في تقدير الوقائع واستكناه نية الطرفين يمكن لهم عندما يكون الإيجاب مقدماً لمصلحة الموجب إليه أن يقرروا أن سكوت الموجب إليه يشكل قبولاً. وتفاصيل هذه القضية أن أحد المؤجرين كتب الى اثنين من المستأجرين لديه ورغبة منه في تحصيل مستحقاته من الأجور عن مدد سابقة، يعرض عليهما تخفيض هذه الأجور المستحقة، إلا أن اياً منهما لم يقم بالرد على هذا العرض ولهذا قام المؤجر برفع دعوى يطالبهما بكامل قيمة الأجرة المستحقة. لقد أعلنت المحكمة أن هناك عقداً نشأ بين المؤجر وبين الطرفين المستأجرين بخصوص تخفيض الأجور المستحقة حيث أن الإيجاب كان لمصلحة الموجب إليه وأن مجرد السكوت من هذا الطرف يشكل قبولاً للإيجاب[1].

(١) Req. 29.3.1938; S. 1938.1.380;D.P.1939.1.5.

هذا وقد تم تطبيق هذا الاستثناء على عقود العمل فعندما يقوم رب العمل بالكتابة إلى العامل يعرض عليه مثلاً ان يشاركة في الأرباح فإن سكوت الأخير وعدم الرد إذا لم تكن هناك أسباباً معقولة تستوجب الرفض، يعتبر قبولاً بالمشاركــة(١).

كما أن القضاء أيضاً قد قام بتطبيق هذا الاستثناء في ما يدعى اتفاق المساعدة Convention d'assitance ففي قضية كانت وقائعها تتلخص في ان تصادماً قد حصل على طريق عام حيث احترقت احدى المركبتين واغمي على السائق نتيجة لهذا الحادث. حاول احد الأشخاص الذي كان ماراً على نفس الطريق مساعدة السائق المغمى عليه حيث أصيب بجروح بليغة نتيجة لذلك. لقد أعلنت محكمة الاستئناف واكدته لاحقاً محكمة النقض ان هناك اتفاقاً للمساعدة تم إبرامه بين الطرفين، السائق المغمى عليه والشخص الذي حاول مساعدته وذلك على اساس أن الايجاب كان يتمخض نفعاً للموجب اليه ومثل هذا الايجاب لا يتطلب قبولاً(٢). هذا وقد واجه هذا القرار بعض الانتقادات الفقهية(٣).

إن قاعدة أن السكوت يعتبر قبولاً عندما يتمخض منفعة للموجب إليه هي قاعدة مفترضة ولهذا فإنه إذا ما ثبت أن إرادة الموجب إليه قد انصرفت إلى رفض مثل هذا الإيجاب فإنه لا ينشأ عقد بين الموجب والموجب إليه(٤).

ثانياً: وجود تعامل سابق بين الطرفين:

من الإستثناءات أيضاً على قاعدة أن السكوت لا يعتبر قبولاً وجود علاقات سابقة بين الطرفين قد تنبئ أن السكوت هو قبول من الموجب إليه(٥). فمثلاً إذا

---

(١) Soc. 15.12.1970. J.C.P. 71, IV. 24.
(٢) Civ. 1. 12. 1969, D. 1970, 422; J.C.P1970. II16445.
(٣) Chestin, Traité de droit civil. 11. Les obligabons – Le contrat formation. 2nd. 1988 Paris . no. 298 pp.312-13.
(٤) B.starck, Droit civil, obligations, contrat. Thi'd. ed 1989, no 96.p. 70.
(٥) اموس ووالتون – مرجع سابق ص١٥٦.

أرسل تاجر لآخر كان له معه علاقات تجارية كمية من البضاعة ومن نفس النوع الذي كان عادة يرسله لهذا التاجر، فإن سكوت المرسل إليه يُعتبر دليلاً على قبوله للبضاعة المرسلة(1).

ثالثاً: رسائل التأكيد بخصوص العقود الشفوية:

إذا كتب شخص لآخر يؤكد اتفاقاً أو عقداً ابرم شفاهاً بينهما سابقاً ولم يقم المرسل إليه بالرد فإن ذلك يعتبر دليلاً على قبوله بما ورد في الرسالة(2). وهذا ما يطبق أيضاً عندما تكون الرسالة المرسلة تحتوي على بعض التعديلات فيما يتعلق بشروط العقد الذي ابرم شفاهاً حيث ان عدم الرد يشكل قبولاً بها أيضاً.

رابعاً: العادات والممارسات التجارية:

إذا كان هناك عرفاً تجارياً يعتبر السكوت دليلاً على الرضى كالبائع مثلاً الذي يشير في إشعار البيع الذي يسلمه للمشتري حين تسليم البضاعة الى وجوب دفع الثمن خلال مدة محددة، فإن سكوت المشتري يعتبر قبولاً ضمنياً بذلك. وكذلك فإن البنك الذي يقوم بشراء بعض التراخيص الصناعية لاحد عملائه ويرسل إشعاراً له يفيد بأنه قام بتسجيل اثمانها ديناً عليه في حسابه لديه دون أن يقوم العميل بالرد على هذا الاشعار لمدة شهر فإن سكوته يعتبر قبولاً حيث لا يوجد من الظروف المحيطة ما يبرر عدم اعتبار الاشعار ذا اثر قانوني(3).

(1) Ripert et Boulanger. Traité de droit d'aparés le traité de planiol, vol. 11.1957. H.L. and J. Mazeaud, lecons de droit civil. Tomell, 1er vol. Paris. No. 142. P. 61; 8th ed 1991. No 137, pp 126. 7.

(2) Paris 25.11.1920, D.P. 1922.2.41.

(3) Com.4.12.186, J.c.p. 88,11.20918 note croze.

المبحث الثاني
تجديد عقدي الإيجار والتأمين

طبقاً للمادة (١٧٣٨)[١] من القانون المدني فإن عقد الإيجار الكتابي يتجدد بانتهاء مدته إذا استمر المستأجر باشغال المأجور دون اعتراض من المؤجر. فبقاء المستأجر في العقار المستأجر اعتبر دليلاً على إرادة المستأجر في تجديد عقد الايجار بينما سكوت المؤجر على ذلك وبسبب الظروف المحيطة اعتبر قبولاً بذلك أو تعبيراً ضمنياً بالقبول. كذلك فإن قانون التأمين بدوره قد نص أيضاً على أن العرض المقدم من شركة التأمين برسالة مسجلة لتجديد عقد أو تعديله يفترض أن المؤمن قد قام بقبوله إذا لم يقم برفضه خلال عشرة أيام من تاريخ وصوله[٢].

إن تجديد العقد سواء فيما يتعلق بعقد الايجار أو عقد التأمين اعتبر تجديداً ضمنياً، وفي هذا المجال فإن بعض الفقه الفرنسي يرى فرقاً بين طبيعة التعبير الضمني والسكوت. فالإرادة الضمنية تتحقق بإظهار إتجاه ما بينما السكوت ليس له مظهر خارجي أو مادي وهذا ما يدعى بالسكوت البسيط حيث يعتبر عدماً ولا يترتب عليه أي اثار قانونية بينما السكوت الملابس وهو السكوت الذي تحيط به بعض الظروف هو الذي يعتبر تعبيراً ضمنياً بالقبول[٣].

---

(١) a L'expiration des baux écrits, Le preneur reste et est laissé en possession, il Sópére un nouveau bail don't l'effet est reglé Par l'article relatif aux Locations faites sans écrit".

(٢) Art. L. 112-2,al.2.

(٣) J.Carbonnier, Droit civil .4. Les obligations. Les contrat: Formation. 2nd ed. 1988 "Paris no 34, p.81
A la volonté Tacite, dans les casouelle est efficace, on nesaurait assimiler apriori le silence: La volonté se matérialise dans une attitude, Tandis que le silence ná aucune extériorie.

الفرع الثالث
السكوت في القانون الألماني

المبحث الأول
القاعدة الأساس

مع أن المادة (١٥١) من القانون المدني الألماني BGB لا تشترط أن يصل إعلان الإرادة الخاص بالقبول الى الموجب وهذا مما يساعد أو يسهل عملية إبرام العقد، إلا أن القاعدة الاساس تبقى وهي ان السكوت لا يعتبر دليلاً على القبول. لمواجهة الصعوبات التي قد تنشأ نتيجة للاخذ بهذه القاعدة فقد اعتبر السكوت قبولاً عندما تستدعي دواعي مبدأ حسن النية الرفض الصريح للإيجاب وعدم قيام الموجب إليه بهذا الرفض(١).

هناك إستثناءات متعددة على قاعدة أن السكوت لا يعتبر قبولاً وهذه الإستثناءات وردت في القانون المدني والقانون التجاري كما أن القضاء نفسه قد أوجد بعض الإستثناءات.

المبحث الثاني
الإستثناءات المنصوص عليها في القانونين المدني والتجاري

هـــناك اســـتثناءات على مبدأ عدم اعتبار السكوت قبولاً حيث نص كل من القانونين المدني والتجاري عليها، فقد جاءت الإستثناءات في كل من المواد (٥١٦) و (٤١٦) و (٤٩٦) و(٥٦٨) من القانون المدني. بينما جاء الاستثناء في المادة (٣٦٢) من القانون التجاري.

---

(١) Business Transaction in Germany. Ed. B. Rüster. Mathew Bender (1993)S.10. 02.

المطلب الأول
القانون المدني BGB

هناك أربع حالات أوردها القانون المدني الألماني واعتبر فيها أن السكوت يعتبر قبولاً وهي:

أولاً : عقود التبرعات:

لقد نص القانون المدني على ذلك في المادة (٥١٦) منه والخاصة بالهبة حيث اعتبر أن الشخص الموهوب له يعتبر قد قام بقبول الهبة إذا كان الواهب قد حدد له فترة زمنية لهذا القبول واحتفظ بالسكوت خلالها، فسكوته يعتبر دليلاً على قبوله. هذا ويمكن تطبيق هذا الحكم على الإيجاب الذي يتقدم به شخص لمدينه لإعفائه من دين له في ذمته، حيث أن سكوت المدين وضمن فترة معقولة يعتبر قبولاً منه بهذا الإعفاء.

ثانيا : انتقال ضمان الديون المضمونة برهن العقار المبيع:

طبقاً للفقرة الثانية من المادة (٤١٦) من القانون المدني فإن قيام الطرف المشتري لعقار معين بالموافقة على ضمان ديون الطرف البائع والمضمونة برهن العقار المبيع، لابد له من موافقة الدائن، إلا أنه إذا مضت فترة ستة اشهر على تسلمه الأخبار دون أن يقوم برفضه، فإن سكوته يعتبر عندها قبولاً منه لانتقال هذا الضمان إلى مشتري العقار.

ثالثا: انقضاء المدة المحددة لمعاينة الشيء المبيع:

وهذا ما نصت عليه المادة (٤٦٩) فالشخص الذي يعطى مهلة للتصديق أو لمعاينة الشيء المبيع عليه أن يقوم بهذا الأمر خلال هذه المدة، أما إذا لم يكن هناك تحديدا للمدة فإن المعاينة يجب أن تتم ضمن مدة معقولة. و أما إذا تم تسليم الشيء المبيع للمشتري لغايات الفحص والمعاينة فإن سكوته يعتبر مصادقة منه على المبيع.

رابعا: امتداد العقود الخاصة بالإيجار:

طبقاً للمادة (٥٦٨) فإنه إذا ما انتهت المدة المحددة للايجار واستمر المستأجر بأشغاله، فإن الإيجار يعتبر قد جدد لمدة غير محددة مالم يقم أحد الطرفين بإبداء مايخالف ذلك خلال أسبوعين من البدء باستمرار الأشغال بالنسبة للمستأجر ومن تاريخ علم المؤجر باستمرار المستأجر بالأشغال. فسكوت كل منهما خلال هذه المدة يعتبر دليلا على قبول تجديد العقد لمدة غير محدده. هذا ويطبق هذا الحكم أيضاً على عقود تأجير منافع الأشياء طبقاً للمادة (٢/ ٥٨١) في حال استمرار المستأجر باستعمال هذه الأشياء وسكوت المستأجر على هذا الأمر.

المطلب الثاني
القانون التجاري H.G.B

إن المادة (٣٦٢) من القانون التجاري قد نصت على أنه عندما يتم التقدم بايجاب إلى تاجر يكون عمله القيام بعمليات تجارية بالنيابة عن الاخرين ويكون الايجاب متعلقاً بمثل هذه الأعمال التجارية وصادر عن شخص له علاقة تجارية معه، فإنه ملزم بالرد الفوري على هذا الايجاب، وإلا فإن سكوته يعتبر قبولاً به. وهذه

القاعدة تطبق أيضاً عندما يستلم تاجر من شخص آخر اشعاراً لإجراء عمل تجاري كان التاجر هو نفسه قد تقدم إليه بالايجاب للقيام بمثل هذا العمل. وعلى هذا الاساس فإن الوكلاء التجاريين والسماسره ملزمون بالرد على العروض الوارده اليهم من الأشخاص الذين لهم معهم علاقات تجارية قائمه، وذلك إذا مارغبوا بعدم الموافقه على هذه العروض وإلا فإن سكوتهم يعتبر قبولاً منهم بالعرض ينشأ عنه إبرام عقد.

لقد أخذت المادة (٣٦٢) بالعلاقات التجارية السابقة كاستثناء على السكوت غير ذي الأثر القانوني بينما لم يأخذ القانون المدني بهذا الاستثناء في المادة (٦٦٣) منه والخاصة بالوكالة أو التفويض حيث أن ما يترتب على عدم قيام الموجب إليه بإبلاغ رفضه للايجاب الصادر عن الموجب هو تعويضه عن الأضرار الفعلية التي قد تحصل له وليس اعتبار سكوته قبولاً ينشأ عنه عقد[١].

المبحث الثالث
رسائل التأكيد

لقد أقّر القضاء الألماني وكاستثناء على عدم اعتبار السكوت قبولاً ما أخذت به الاعراف التجارية بخصوص رسائل أو أوامر التأكيد (Kaufmännische Bestätigungsschreiben) وذلك انه عندما يتم الاتفاق شفوياً بين الطرفين على عقد ما بواسطة التلفون أو التلكس فإنه عادة ما يتم تأكيد الشروط التعاقدية التي تم الاتفاق عليها عبر رسالة أو أمر تأكيد تجاري. عندما يكون هذا الأمر يعكس حقيقة

---

(١) RG 5.4.1922, RGZ 104, 265, 267; Baumbach und Duden (Hopt), Handelsgesetzbuch ed. 27. Munich, 1987) S. 362, no 1.

ما اتفق عليه الطرفان فإنه يصبح هنا ذا طبيعة اثباتية ولكن عندما يكون هذا الأمر مختلفاً عما تم الاتفاق عليه أو عندما يكون الطرفان في حقيقة الأمر لم يتفقا بشكل كامل على كافة جوانب العقد، فإن هذا الأمر أو التأكيد وبما يحتويه من شروط يشكل محتوى العقد النهائي بين الطرفين وذلك ما لم يقم الطرف الذي تسلم هذا التأكيد وبلا تأخير بالاعتراض عليه وإلا فإن سكوته يعتبر قبولاً ويعتبر العقد مبرماً بينهما على هذه الشروط التي احتواها أمر التأكيد. إلا أنه مع ذلك إذا كانت الشروط التي يحتويها أمر التأكيد تختلف وبشكل اساسي وجوهري عما تم الاتفاق عليه فإن الطرف الذي يتسلم أمر التأكيد ليس بحاجة الى إعلان رفضه لأن أمر التأكيد يكون باطلاً أصلاً[1]. لهذا فإن السكوت على الاختلافات الثانوية الواردة في أمر التأكيد لما تم الاتفاق عليه شفوياً يعتبر قبولاً بها.

لقد تم تأكيد هذا العرف التجاري في قضية كانت وقائعها أن مفاوضات أُجريت بين وكيل أحد مصانع الحديد وبين تاجر خردوات حديدية لشراء كمية كبيرة من هذه الخردة على أساس كشف يشمل الكميات والأسعار للقطع المشتراة وكذلك يشمل تاريخ وطريقة التسليم. بعد يومين على إجراء هذه المفاوضات قامت شركة مصانع الحديد بالكتابة الى تاجر الخردة لتأكيد الشراء على أساس الأسعار المعروضة في الكشف إلا أن تاجر الخردة لم يقم بالرد كما لم يقم بتسليم الخردة وادعى لاحقاً عدم نشوء عقد بينه وبين الشركة. لقد رفضت المحكمة هذا الادعاء وأكدت على وجود عقد بين الطرفين على أساس أن سكوت التاجر يعتبر قبولاً منه لما جاء في أمر الشراء[2].

---

(١) BGH 26.6.1963 BGHZ.40pp 42 etseq.

(٢) BGHZ.11.1.

الفرع الرابع

السكوت وأثره في الاتفاقيات الدولية

تنبع أهمية هذه الاتفاقيات الدولية في أن نصوصها جاءت كمحاولة توفيقية بين النظم القانونية المختلفة، فهي تُمثل إجماعاً قانونياً دولياً.

هناك ثلاث اتفاقيات سنتعرض لها في هذا المجال وهي:

أ- اتفاقية فيينا بشأن عقد البيع الدولي للبضائع

ب- مبادئ العقود التجارية الدولية

ج- المبادئ الأوروبية للعقد.

المبحث الأول

اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائعC.I.S

لقد تناولت اتفاقية فيينا مسألة القبول في إبرام العقد في المادة الثامنة عشرة[1] منها حيث أخذت الفقرة الأولى بما هو متعارف عليه في معظم القوانين الوطنية من أنه يعتبر قبولاً أي بيان أو تصرف صادر عن الموجب إليه يفيد الموافقة على

(١) Art. 18 (1) "Astatement made by or other conduct of the offeree indicating assent offer is an acceptance. Silence or inactivity does not in itself amount to to acceptance.

3- However, if by virtue of the offer or as aresult of practices which the parties have established between them selves or of usage, the offeree may indicate assent by performing an act, such as one relating to the dispatch of the goods or payment of the price, without notice to the offeror, the acceptance is effective at the moment the act is performed, provided that the act performed within the period of time laid down in the preceding paragraph.

الإيجاب، أما السكوت أو عدم القيام بأي تصرف فلا يعتبر أياً منهما في ذاته قبولاً. إلا أن الفقرة الثالثة جاءت بالاستثناء وهو أنه إذا جاز بمقتضى الإيجاب أو التعامل الجاري بين الطرفين أو الأعراف ان يعلن الموجب إليه الذي عرض عليه الايجاب عن قبوله بالقيام بتصرف ما، كإرسال البضائع أو تسديد الثمن دون إبلاغ الموجب، يكون القبول عندئذ نافذاً في اللحظة التي يتم فيها التصرف المذكور.

إن القبول طبقاً للاتفاقية قد يتم ببيان أو تصريح صادر عن الموجب إليه وكذلك قد يتم بتصرف صادر منه أيضاً يدل على القبول، وهذه التصرفات الدالة على القبول يتم معظمها في معرض اجراءات تنفيذ العقد كارسال البضاعة التي يطلبها الموجب من قبل الموجب إليه أو كإرسال الثمن على عرض يتقدم به الموجب لبيع بضاعة ما فكلاهما تصرف يدل على القبول بالإيجاب المقدم للبائع أو المشتري. كما ويمكن أن تكون هذه التصرفات عبارة عن أعمال في معرض التحضير لتنفيذ العقد نفسه كقيام مصنع ما بالبدء بتصنيع المواد التي يتم طلبها أو قيام المشتري بفتح الاعتماد المطلوب(١).

كما رأينا فإن المادة (١٨) قد نصت على أن مجرد السكوت وبحد ذاته لا يعتبر قبولاً من حيث المبدأ إلا أن هذا يعني ان السكوت إذا كان مترافقاً مع اتخاذ بعض الامور من قبل الموجب إليه كممارسته لسلطة ما على البضاعة المرسلة إليه مثلاً (مشابهة لسلطة المالك) كان يستعملها أو يبيعها فإن هذا يعتبر قبولاً. ومبدأ أن السكوت المجرد لا يشكل قبولاً مبدأ لا يمكن تجاوزه بصورة منفردة من قبل الموجب نفسه بالنص مثلاً في ايجابه على أن السكوت على الإيجاب الذي يتقدم به يعتبر قبولاً فمثل هذا النص لا يؤثر على المبدأ والموجب له ليس مُلزماً به(٢). إلا أنه

---

(١) E.A. Farnsworth, in Bianca – Bonell, Commentary on the International Sales Law, Giuffre, Milan, 1987, P. 166.

(٢) نفس المرجع. ص ١٦٧.

يلاحظ أن المادة السادسة[1]من الاتفاقية قد أجازت للطرفين المتعاقدين استبعاد تطبيق أحكامها، كما أجازت لهما مخالفة أي نص من نصوصها أو تعديل الآثار الناتجة عنه، وعلى هذا الأساس فإن اتفاق الطرفين الموجب أو الموجب اليه على أن سكوت أي منهما أو عدم قيامه بتصرف ما يشكل قبولاً، هو شرط صحيح وبالتالي فإن سكوت الموجب عن الإيجاب المقدم إليه يعتبر قبولاً به. كما أن المادة (٩)[2] قد نصت أيضاً على أن الطرفان يلتزمان بالاعراف التي اتفقا عليها وبالعادات التي استقر عليها التعامل بينهما. ولهذا فإن العرف والممارسات التجارية القاضية باعتبار السكوت قبولاً يمكن أن تكون استثناءات على المبدأ العام، فمثلاً إذا كان البائع في معاملات سابقة قد اعتاد على تلبية طلبات المشتري دون أن يعلن قبوله مسبقاً فإن ذلك يؤدي إلى اعتقاد المشتري وبشكل منطقي أن طلباته سيتم تلبيتها مستقبلاً ما لم يتم رفضها صراحة من البائع، ولهذا يعتبر السكوت في مثل هذه الحالة قبولاً من البائع. هذا بالإضافة إلى أن الفقرة الثانية من نفس المادة أشارت إلى الافتراض ضمناً بأن الطرفين اتفقا على تطبيق كل عرف كانا يعلمان به أو كان ينبغي لهما العلم به متى كان معروفاً على نطاق واسع ويطبق بشكل منظم على أطراف العقود المشابهة للعقد المبرم بين الطرفين.

(١) Art.6. "The parties may exclude the application of this convention or, subject to Article 12, derogate from or vary the effect of any of its Provision".

(٢) Art.9 "(1) Th parties are bound by any usages to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves.

(2) The Parties are considered. Unless otherwise agreed, to have imepliedly made applicabte to their contract or its formation a usage which the parties knew or ought to have known and which in international trade is widely known to, and regularly observed by, parties to contracts of the type involved in the particular trade concerned

المبحث الثاني
مبادئ العقود التجارية الدولية
U.N.D.R.O.I.T

لقد صدرت مبادئ العقود التجارية الدولية عام (١٩٩٤) عن المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص في روما[١]، وهي على عكس اتفاقية فيينا لا يقتصر تطبيقها على عقود البيوع الدولية فقط بل يمكن الاخذ بها في كافة انواع العقود التي تتم عبر الدول.

لقد جاءت المادة (٦/٢) [٢]بنص مشابه لنص المادة (١٨) من اتفاقية فيينا والمشار اليها سابقاً وهذا امر طبيعي حيث أن احكام العقود الدولية التي صدرت عن المعهد تطبق على العقود المبرمة عبر الدول ومن بينها عقد البيع كما قلنا ولهذا فقد لجأت اللجنة التي أقـرت المبادئ الى المادة ١٨ وأخـذت بها. كما وأن المادة (٨/١)[٣] وأن استعارت احكام المادة (٩) من اتفاقية فيينا بخصوص تطبيق العرف، الا أنها تختلف في أنها أخضعت الطرفين ليس فقط لما يتفقا عليه من أعراف ولكن

(١) International institute for the unification of private law. Principlos of international commercial contracts. (Rome 1994).

(٢) an Art. 2.6. "(1) Astatement made by or other conduct of the offeree indicating assent to offer is an acceptance. Silence or inactivity does not in itself amount to acceptance.

(3) However, if, by virtue of the offer or as aresult of practices which the partics have established between themselves or of usage, the offeree may indicate assent by perfoming an act without notice to The offeror, the acceptance is effective when the act is performed."

(٣) (1)" The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves.

(1) The parties are bound by a usage that is widely known to and regularly observed in international trade by parties in the particular trade concerned except where the application of such a usage would be unreasonable.

أيضاً أخضعتهما للعرف في غياب أي اتفاق بينهما على ذلك بشرط أن يكون العرف مُتطابقاً مع بعض الشروط الموضوعية، بينما المادة (٩) من اتفاقية فيينا ورغم أن نصها يُوحي بتطبيق العرف بغض النظر عن اتفاق الطرفين بشأنه إلا أن ذلك ليس صحيحاً لأنها فسرت تطبيق العرف في هذه الحالة على أساس الاتفاق الضمني بين الطرفين.

المبحث الثالث

المبادئ الاوروبية للعقد

أما المبادئ الأوروبية للعقد (١٩٩٨) فقد أخذت أيضاً بما ورد في اتفاقية فيينا للبيع الدولي. حيث قررت المادة (٢)٢,٢٠٤[١] القاعدة الاساس وهي أن السكوت وعدم التصرف لا يرقى إلى درجة القبول بينما المادة (٣) ٢,٢٠٥[٢] أعلنت بأنه إذا كان الموجب إليه طبقاً للايجاب نفسه أو طبقاً للممارسات القائمة بين الطرفين أو للعرف يمكن له قبول الايجاب بقيامه بتنفيذ عمل ما وبدون اعلام الموجب بذلك فإن العقد يعتبر مبرماً عندما يبدأ هذا الطرف القيام بالعمل. هذا من جهة، ومن جهة اخرى فقد اعتبرت الاتفاقية[٣] كما هو الأمر في اتفاقية فيينا بأن الطرفان ملزمان بأي عرف تم اتفاقهما عليه أو ممارسات جرى عليها الأمر بينهما. هذا بالإضافة إلى أنهما أيضاً مُلزمان بما يعتبر عرفاً سائداً وبشكل عام بين متعاقدين في

---

(١) A.t 2.204(2): Silence or inactivity does not in itself amount to acceptance.

(٢) Art: 2.205(3) : if by virtue of the offer or practices which The parties have established between themselves, or of a usage, the offeree may accept the offer by performing an act to the offeror, the contract is concluded when the performance of the act without notice begins.

(٣) Arti.1.105 (1):The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practice they have established between themselves.

(2) The parties are bound by a usage which would be consilered generally applicable by persons in the same situations as the parties, except when the application of such usage would be unreasonable.

مثل وضعهما ما لم يكن تطبيق ذلك العرف يؤدي إلى نتائج غير منطقية. وهنا فإننا نرى اختلافاً عما ورد في المادة ٩(٢) من اتفاقية فيينا فتطبيق العرف هنا لا يتوقف على الاتفاق الضمني بين الطرفين وهذا ما يتفق مع المادة ١(٨) من مبادئ العقود التجارية الدولية. وعلى هذا الأساس فإن أي عرف خاص بين الطرفين أو عرف عام يعتبر السكوت قبولاً، يتم تطبيقه.

الفرع الخامس
دلالة السكوت في القانون المدني الأردني

المبحث الأول
المبدأ والاستثناء

لقد تناول القانون المدني الأردني مسألة السكوت وأثره في إبرام العقد في المادة (٩٥)[١] منه حيث قرر المبدأ الأساس في هذا المجال والمأخوذ عن الفقه الإسلامي[٢] وهو أنه لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان ويعتبر قبولاً. وعلى هذا الأساس فإن المادة (٩٥) قد اقرت المبدأ كما و أقرت الاستثناء. فالسكوت هو عدم في الأصل ولا يعكس إرادة الساكت بأي حال من الأحوال ولهذا فإن بيع المرتهن للرهن على مرأى من الراهن الذي يحتفظ بالسكوت لا يعتبر

(١) ويماثلها المادة ١٣٥ إماراتي والمادة ٦٧ من مجلة الأحكام العدلية وكذلك المادة (٨١) من القانون المدني العراقي علماً أن الفقرة الثانية منها قد أضافت حالة جديدة للسكوت الذي يعتبر قبولاً وهي سكوت المشتري بعد استلامه للبضائع حيث أن ذلك يعتبر قبولاً لشروط قائمة الثمن.انظر منذر الفضل، صيغة العقد والسكوت المجرد- دراسة مقارنة، مجلة القانون المقارن. العدد ٢٢ لسنة ١٩٩٠ ص ٥ وما بعدها.

(٢) لمزيد من التفصيلات عن موقف الفقه الإسلامي انظر. السنهوري مصادر الحق- الجزء الأول دار إحياء التراث العربي. الطبعة الأولى ص ٩٥-٩٨. وكذلك وحيد سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي -دار الثقافة - عمان. الطبعة الثانية ١٩٩٨ ص ٢٦٤-٢٦٦.

قبولاً منه، كما أن احتفاظ صاحب المال بالسكوت إذا رأى من يبيع ماله لا يعتبر توكيلاً أو إجازة للبيع[1] لأن استخلاص القبول من مجرد السكوت في مثل هذه الحالات يعني أننا نفرض على الشخص الذي وجه له الإيجاب واجب الرد على كل ما يرغب غيره من توجيهه له من العروض تحت طائلة اعتبارنا سكوته قبولاً وهذا ما فيه من العنت الكبير[2].

لقد جاءت الفقرة الثانية من المادة (٩٥) بمثالين على السكوت الذي يعتبر قبولاً وهذين المثالين وردا على سبيل المثال لا الحصر وهما حالة التعامل السابق بين الطرفين والايجاب الذي يتمخض منفعة للموجب إليه. إذا كان هناك تعامل سابق بين الطرفين واتصل الايجاب بهذا التعامل، فإن سكوت الموجب إليه يعتبر قبولاً، فمثلاً إذا اعتاد تاجرعلى شراء بضائعه عن طريق رسائل يوجهها للبائع واعتياد البائع على إرسال البضاعة المطلوبة مباشرة دون أن يرسل قبولاً للايجاب أو العرض الذي تحتويه رسائل المشتري، فإن إرسال التاجر رسالة جديدة يطلب فيها شراء البضاعة المعتادة وقيام التاجر بعدم الرد واحتفاظه بالسكوت يعتبر قبولاً له للايجاب، فالظروف المحيطة تخلق وبشكل منطقي لدى التاجر الانطباع بأن ايجابه قد تم قبوله حيث أن دلاله الموقف هنا تستدعي اعتبار السكوت قبولاً ونفي دلالة الموقف تستدعي قيام الموجب اليه بالرفض.

أما الحالة الثانية فهي أنه إذا تمخض الايجاب منفعة للموجب إليه فإن سكوته يعتبر قبولاً فالاخذ بالقبول هنا اساسه ترجيح قبول الايجاب على رفضه طالما أن به منفعة للموجب اليه، إلا أنه إذا رأت المحكمة ان هناك بعض الاعتبارات الادبية التي تحول دون اعتبار السكوت قبولاً فلها اعتبار السكوت رفضاً.

---

(١) شرح مجلة الأحكام لسليم بن رستم. المجلد الأول ص٣٨

(٢) انظر الوسيط في شرح القانون المدني الأردني بإشراف عبد الباسط جميعي ومحمد سلام . ج٢ القسم الأول ص٥٧.

كما قلنا أن المادة (٩٥) قد اشارت إلى أن المثالين المنصوص عليهما ليسا على سبيل الحصر ولهذا مثلاً إذا كان العرف والممارسات التجارية يعتبران السكوت في بعض الحالات قبولاً والمثال على ذلك ما تقوم به البنوك عادة من إرسالها بيانات الحساب إلى عملائها وذكرها في البيان بأن عدم رد العميل يعتبر قبولاً برصيد الحساب، فإن عدم الرد ضمن مدة مناسبة يعتبر قبولاً. هذا ولقد اشار القانون المدني المصري في المادة (٩٨) منه الى حالة جريان العرف والعادة باعتبار الموجب له قابلاً إذا احتفظ بالسكوت[١].

كما أن اتفاق الطرفين على اعتبار السكوت قبولاً يعتبر اتفاقاً صحيحاً فليس هناك ما يمنع الطرفين من الاتفاق على أن يتم تجديد عقد الايجار مثلاً دون اشتراط القبول الصريح. هذا ويلاحظ أن هذا ما يجري في كثير من العقود التي يجري عادة تجديدها بشكل دوري كعقدي التأمين والعمل ولذلك فإن اتفاق رب العمل على أن تكون "مدة العقد سنة واحدة قابلة للتجديد إلا إذا أراد أحدهما عدم التجديد فعليه إنذار الطرف الآخر قبل شهر من نهاية السنة" إنما يكون تجديداً اتفاقياً للعقد وليس استمراراً في تنفيذه[٢]. كما أنه إذا كان الموجب إليه ممن يقوم بأعمال بيع الخدمات التجارية للجمهور عن طريق الاحتراف فإن سكوته عن ايجاب تم تقديمه له بخصوص هذه الخدمات قد يعتبر قبولاً، ولهذا فإن "عقد الوكالة بالعمولة لا ينعقد الا بارتباط الايجاب بالقبول ولا يعتبر سكوت الطرف الآخر قبولاً إلا إذا كان الوكيل محترفاً وجرت العادة على التعامل معه بشكل لا ينتظر الموكل منه قبولاً"[٣].

---

(١) م ٩٨ مصري "١- إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف يدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في الوقت المناسب. ٢ – ويعتبر السكوت عن الرد قبولاً إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصال الإيجاب بهذا التعامل أو تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه". انظر السنهوري . الوسيط ص ٢٢٠-٢٢٤. هذا وقد اقر المشرع السوري هذا النص في المادة (٩٩) من القانون المدني السوري. انظر د. وحيد سوار، شرح القانون المدني، ج١، مصادر الالتزام . دمشق ١٩٨٠-١٩٨١ ص ٦٦-٦٨.

(٢) تمييز حقوق ٨٨/٤٦١. هـــ.ع. مجلة نقابة المحامين ص ١٩٣١ سنة ١٩٨٨.

(٣) تمييز حقوق ٨٦/٨ – مجلة نقابة المحامين ص ٣٠٢ سنة ١٩٨٨

هذا وقد أخذ القانون المدني الأردني باعتبار السكوت قبولاً في عقد الايجار فإذا كان عقد الايجار قد أبرم على أساس أجرة محددة لفترة زمنية محددة كالشهر مثلاً أو السنة، فإنه يعتبر مبرماً لمدة مساوية أخرى ويحق لكل طرف فسخه في نهاية هذه الفترة المحددة إلا أنه يمكن للعقد أن يتجدد باحتفاظ الطرفين بسكوتهما عند إنتهاء الفترة الزمنية ودخولهما في فترة زمنية أخرى(١). كما وأنه إذا ما تم تحديد مدة عقد الايجار وانتهت هذه المدة واستمر المستأجر شاغلاً للمأجور برضى المؤجر فإن العقد يعتبر متجدداً حيث يعتبر بقاء المستأجر شاغلاً للمأجور إيجاباً في هذه الحالة(٢). وأيضاً فإنه إذا طلب المؤجر من المستأجر زيادة على الأجرة المتفق عليها عند انتهاء فترة الايجار وبقي المستأجر شاغلاً للمأجور التزم بالزيادة، فسكوت المستأجر هنا دلالة على قبوله بالزيادة(٣).

لقد أخذ القانون المدني أيضاً باعتبار السكوت قبولاً في أحوال منها إجازة العقد الموقوف وكذلك خيار الشرط فقد نصت المادة (١٧٣) على أن إجازة العقد الموقوف تتم بالفعل أو القول أو بأي لفظ يدل عليها صراحة أو دلالة، كما وأضافت أيضاً أن السكوت يعتبر إجازة إن دل على الرضا عرفاً. ولهذا فقد أحالت هذه المادة إلى العرف المتبع في مسألة السكوت فيما يتعلق بإجازة العقد الموقوف فإذا كانت دلالة السكوت عُرفاً هي إجازة العقد عُدَّ السكوت إجازة له.

وكذلك فإنه في خيار الشرط إذا مضت المدة المحددة لممارسة هذا الخيار دون اختيار الفسخ أو الاجازة لزم العقد(٤). فبإنقضاء مدة الخيار دون أن يعبر عن ارادته من له هذا الخيار ببقائه ساكتاً يعتبر قبولاً بالعقد وإجازة له، وهذه الاجازة لا تستوجب لصحتها علم الطرف الآخر بها(٥) وهذا مما ينسجم تماماً مع اعتبار السكوت قبولاً.

(١) م. (٦٧٠) من القانون المدني
(٢) م. (٧٠٧) من القانون المدني
(٣) م. (٦٩٠) من القانون المدني.
(٤) م. (١٨١) ق.م.
(٥) م. (١٨٢) ق.م.

المبحث الثاني
الإرادة وطرق التعبير عنها

للإرادة جانبان: الأول جانب داخلي وهو النية والثاني جانب خارجي وهو الكيفية التي تظهر فيها إلى العالم الخارجي فتصبح ظاهرة مادية يُعول عليها. هناك ست حالات يمكن للموجب إليه أن يواجه بها الايجاب، وهي في حقيقة الأمر إنما تعبر عن العلاقة بين نية الموجب إليه وبين ترجمتها إلى العالم الخارجي أي أنها تعبر عن العلاقة بين جانبي إرادة الموجب إليه.

أولاً: القبول الصريح وفيه يترجم الموجب إليه قبوله للايجاب باللفظ المحدد الدلالة لغةً أو عُرفاً للقبول وعلى هذا فالجانب الداخلي للإرادة يتطابق مع الجانب الخارجي لها تطابقاً تاماً.

ثانياً: القبول الضمني حيث يترجم الموجب ليه قبوله للايجاب بفعل أو لفظ لم يوضع أصلاً لدلالة القبول ولكن يتم استخلاص القبول من خلال القيام بفعل أو استعمال لفظ ضمن ظروف محيطة بعملية التعاقد. فالإرادة هنا يعكسها الجانب الخارجي وهي عبارة عن سلوك أو اتجاه يتخذه شخص يترجم فيه ارادته بشكل غير مباشر بقبول الايجاب وبالتالي لا يكون التطابق تاماً بين النية وبين مظهرها الخارجي.

ثالثاً: الرفض الصريح ويترجم الموجب إليه هنا رفضه للايجاب بشكل صريح وقاطع باستعمال ألفاظ محددة في دلالتها على الرفض حيث يكون التطابق تاماً بين جانبي الإرادة الداخلي والخارجي.

رابعاً: الرفض الضمني وفيه يترجم الموجب اليه رفضه بلفظ أو تصرف لم يوضع اصلاً للدلالة على الرفض كانصرافه من مجلس العقد أو انتقاله للحديث عن أمر ليس له صلة بالتعاقد، والتطابق بين جانبي الإرادة هنا ليس تطابقاً تاماً.

خامساً: السكوت وهو وضع لا يتوافر فيه أي مظهر خارجي يدل على نية الموجب اليه بخصوص الايجاب، ولهذا فهو عدم ولا يعتبر قبولاً أو رفضاً فهو موقف حياد تتساوى فيه احتمالات ترجيح القبول مع احتمالات ترجيح الرفض. ففي السكوت يواجه الموجب اليه العرض المقدم له بشكل سلبي وهو عدم الاستجابة له قولاً أو فعلاً أو كتابة أو اشارة أو دلالة. فالسكوت هنا ليس له دلالة محددة فقد يكون لاجل التروي وقد يكون لاجل تجنب عناء الرد أو لأي سبب آخر ولهذا كان من الطبيعي ان لا يكون له اي اثار قانونية حيث ينعدم الارتباط بين جانبي الإرادة بفقدان مظهرها الخارجي.

سادساً: السكوت الذي يحمل دلالة القبول (السكوت الملابس). ويكون ذلك عندما تحيط بالسكوت ظروف خارجية سابقة عليه أو معاصرة أو لاحقة له تشير إلى نية القبول فاحتمالات ترجيح القبول هنا تفوق احتمالات ترجيح الرفض نظراً لاتخاذ الموجب إليه وضعاً ما، وهذا الوضع يتحقق عندما تستدعي الظروف المحيطة أن يتم الرد على الايجاب بالرفض ولكن مع ذلك يحتفظ الموجب إليه بالسكوت فيفسر سكوته قبولاً وفي مثل هذا الوضع يتطابق وجهي الإرادة بشكل غير مباشر.

إن السؤال الذي يطرح نفسه بخصوص هذا النوع الأخير من السكوت هو فيما إذا كان يعتبر حقيقة سكوتاً ام سلوكاً وتصرفاً وهل عدم اتخاذ سلوك ما هو بحد ذاته سلوك؟!

المبحث الثالث
مجرد سكوت ام تصرف

لو عدنا إلى المادة (٦٧٠) والمتعلقة بتجديد عقد الايجار غير المحدد المدة إنما المحدد الأجرة لفترة زمنية، سوف نلاحظ أن طرفي العقد لا يبقيان ساكتان كما ورد في النص بل في حقيقة الأمر فإن كلاً منهما يحتفظ بالوضع القائم بينهما. يبقى المستأجر شاغلاً للمأجور والمؤجر من جهته لا يطالب بإخلاء المأجور. هذا الوضع الذي اتخذه الطرفان يصل إلى درجة اتخاذ سلوك ما يعكس إرادة تعاقدية فما سماه المشرع هنا سكوتاً هو في حقيقته سلوك اتخذه كل طرف يعبر فيه عن إرادته بالاحتفاظ بوضع قائم بينهم. إن هذا ينطبق أيضاً على المادة (٦٩٠)[١] بخصوص مطالبة المؤجر بزيادة الأجرة وانقضاء مدة الايجار بلا اعتراض من المستأجر مع استمراره بإشغال المأجور، فبقاء المستأجر هنا شاغلاً للمأجور دون اعتراض على الزيادة يعتبر في حقيقته سلوكاً أو تصرفاً فالسلوك أو التصرف ليس دائماً يتم بشكل ايجابي بل في كثير من الاحيان يتم بشكل أو فعل سلبي وهو عدم القيام بما ينفي وضعاً قائماً.

لما تقدم فإننا نعتقد أن ما يسمى سكوتاً دالاً على القبول أو سكوتاً ملابساً ليس في حقيقته سكوتاً لأن السكوت عدم، انما يشكل السكوت قبولاً عندما يتحول الى نوع من السلوك في سياق ظروف معينة من خلال اتخاذ أو عدم اتخاذ وضع ما. فمثلاً في حالة اعتبار السكوت قبولاً عندما يكون هناك تعامل سابق بين الطرفين واتصال الايجاب بهذا التعامل، فإن الظروف المحيطة في مثل هذا الوضع هي التي تستدعي من الطرف الموجب إليه الرد، والرد قد يكون باتخاذ سلوك ما أو بعدم

---

(١) انظر كذلك م (٤٣٨) من مجلة الأحكام العدلية حيث نصت على أن السكوت في الإجارة يعد قبولاً ورضا.

اتخاذ مثل هذا السلوك وفي الحالة الأخيرة فإن الظروف المحيطة هي التي تجعل من الرد بعدم اتخاذ سلوك ما ذا أثر قانوني حيث يعتبر قبولاً. ومع أن عدم اتخاذ سلوك أو إجراء يدعى سكوتاً إلا أنه عندما تكون هناك ظروفاً تستدعي الرد، فإن عدم اتخاذ سلوك يعتبر سلوكاً مساوياً لتصرف قانوني.

وقد يُثار اعتراض على ما تقدم وهو كيف يمكن أن يعتبر مثل هذا السلوك معبراً عن إرادة تعاقدية في حالات يعتمد اعتباره كذلك على الأعراف والممارسات التجارية كما في المادة (٢/١٧٣)[١] مثلاً والخاصة بإجازة العقد الموقوف، أو على الاستنتاج الموضوعي بينما يكون الشخص المعني غير عالم بمثل هذه الاعراف أو لم يخطر على ذهنه مثل هذا الاستنتاج الموضوعي باعتبار سلوكه السلبي قبولاً. إن الجواب على ذلك هو أن اعتبار السلوك مُعبراً عن إرادة تعاقدية في مثل تلك الأوضاع هو افتراض قانوني، ولهذا فعدم علم الشخص بالعرف الذي يعتبر السلوك قبولاً غير ذي أثر لأن القانون يفترض أن عليه واجب العلم بالأعراف السائدة. كما وأن الاستنتاج الموضوعي أيضاً يتم بالاعتماد على القانون أي أن القانون نفسه هو الذي يجعل مثل هذا السلوك قبولاً. إن نظرية الإرادة والاهتمام بالنية هو ما يجعلنا نميل الى تفسير مثل هذه الأوضاع على أساس نية الطرف المتعاقد. إن نسبة كافة الاثار القانونية الى الإرادة الشخصية يعود إلى المفهوم الضيق لاساليب إبرام العقد من خلال الايجاب والقبول اللذان يعكسان إرادة الطرفين المتعاقدين، وهذا هو نتاج المذهب الفردي وحرية الإرادة وسيادهما في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر حيث بموجبهما يتم نسبة كافة الآثار القانونية للعقد الى إرادة طرفيه الصريحة والضمنية. في حقيقة الأمر، فإن كثيراً من الآثار القانونية تترتب نتيجة للقانون وحده ودون اعتبار لنية من قام بالتصرف فالقانون نفسه هو احد مصادر الالتزام.

(١) م ٢/٧٣ "ويعتبر السكوت إجازة إن دل على الرضا عُرفاً".

الفرع السادس
السكوت ودلالته على الإيجاب

يجمع معظم الفقه في النظم القانونية المختلفة على أن الإيجاب لا يمكن أن يتم بسكوت لأنه عبارة عن عرض أو مبادهة من الموجب وهذا يستوجب ان يكون صريحاً فالإيجاب تعبير عن إرادة كما يقول الفقيه الفرنسي Carbounier والسكوت ليس كذلك(١). إلا أن هناك في الفقه الفرنسي من يرى أن الإيجاب يمكن أن يتم بسكوت ومثاله على ذلك سائق مركبة الأجرة الذي يقوم بإشعال ضوء مركبته الخاص بجاهزيته لنقل الركاب بينما يكون مصطفاً في الموقف المخصص لذلك حيث اعتبر ذلك إيجاباً من السائق للشخص الذي يرغب باستخدام المركبة وهذا الإيجاب يتم بالسكوت (٢). ولقد فسر مثل هذا الوضع على أساس أنه إيجاب ضمني وليس سكوتاً(٣).

أما في القانون الإنجليزي فهناك اعتراف بأن الايجاب قد يتم بالسكوت ففي بعض القضايا الخاصة باتفاقيات أو عقود التحكيم أشار القضاء الإنجليزي إلى إمكانية إلغاء مثل هذه الاتفاقيات بمرور مدة طويلة من الزمن ودون أن يتقدم أحد الطرفين بالمطالبة للبدء بإجراءات التحكيم (تنفيذ العقد) رغم نشوء نزاع بين الطرفين حيث أن سكوت أحد الطرفين وعدم المطالبة بإجراءات التحكيم لمدة طويلة اعتبر إيجاباً بإلغاء اتفاق التحكيم كما وأن سكوت الطرف الآخر أيضاً اعتبر قبولاً للايجاب حيث ينشأ عقد بين الطرفين موضوعة إقالة الاتفاق القائم بينهما

---

(١) كاربونية- مرجع سابق بند ١٣٥ ص ٨٢.
" L'offre estune manifestation de volonté qui nese concoit quére quéxpress".
وكذلك انظر Chestin – مرجع سابق بند ٢٩٤ ص ٣٠٧.

(٢) A. colin et H. capitant, Cours Elenertaire de Droit Civil Francais, ed. L. Julliot de la Morandiere. 1959 no. 636.

(٣) Chestin – المرجع السابق – بند ٢٩٤ ص ٣٠٧.

وليس لأي طرف بعد ذلك المطالبة بالتحكيم. إن تحليل هذه الأحكام القضائية(١) يشير إلى إمكانية أن يتم الايجاب بواسطة سكوت الموجب. وفكرة إمكانية أن يتم الإيجاب بواسطة السكوت قد أخذت طريقها فعلاً إلى قانون التحكيم(٢) حيث تم تخويل هيئة التحكيم صلاحية وقف إجراءات التحكيم في مثل الوضع المشار إليه أعلاه. كما أن بعض الفقه الأمريكي(٣) اخذ باعتبار إمكانية أن يكون السكوت إيجاباً، معتمداً في رأيه على أحد أحكام القضاء الامريكي(٤).

أما بالنسبة للقانون الأردني فقد أخذ بالمبدأ التقليدي(٥) على أساس افتراضه أن السكوت هو وضع سلبي في حين أن الايجاب بطبيعته ينطوي على عرض يوجه إلى شخص آخر وهذا لا يستفاد إلا بقول صريح(٦).

في حقيقة الأمر لو عدنا إلى المادة (٦٧٠) والخاصة بعقد الايجار غير المحدد المدة، حيث أن دخول وحدة زمنية جديدة كأسبوع أو شهر أو سنة واحتفاظ الطرفين بالسكوت اعتبر تجديداً للعقد لمدة زمنية أخرى، والمستأجر هنا هو الذي

---

(١) André et compagnie S.A v. Marine Transocean ltd (the splendid sun) [1981] 1.Q.B 694 (C.A); [1981] 2 Lioyd's Rep. 29 (C.A)
وكذلك Paul wilson and co v. Partenreederei Hannah Blumenthal (The Hannah A.C.854; [1983] 1 lioyds Rep. 103. Blumenthal) {1983}.

(٢) Arbitration Act. 1950. S. 13 A.
ثم تعديل المادة A/١٣ باصدار قانون ١٩٩٠ Courts and legal service Act

(٣) Murray on contracts. The Bobbs – Horn book series. West publishing co. Minn. 2nd .Ed. 1977. Par. 26, p.45.

(٤) Kiser V. Holladay 29 ore, 338, 45 P. 759 (1896).

(٥) المذكرات الإيضاحية. ص ١٠٢.

(٦) انظر ت. ح. ٧٦/٣٨٧ مجلة نقابة المحامين ص ٤٤٦ سنة ١٩٧٧ "تنعقد الإجارة بالإيجاب والقبول والتعاطي ولا تنعقد بالسكوت وحده، أما ما ورد في المادة ٤٣٨ من المجلة فإن ما يستفاد منه انه يشترط لانعقاد الإجارة ان يكون ثمة إيجاب قولي من أحد الطرفين وسكوت من الفريق الآخر". وكذلك انظر الوسيط في شرح القانون المدني الأردني. مرجع سابق ص ٥٧. وانظر أنور سلطان مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني ص ٤٨ وأيضاً عدنان السرحان ونوري خاطر مصادر الحقوق الشخصية-الالتزامات ص٦٩ وكذلك احمد شريف مصادر الالتزام في القانون المدني ص٥٨.

يتقدم بالايجاب ببقائه شاغلاً للعقار المستأجر ولا يستوجب هذا النص أن يتم الايجاب بغير ما سماه المشرع سكوتاً. كذلك فإن المادة (٧٠٧) والخاصة بالتجديد التلقائي لعقد الايجار ببقاء المستأجر منتفعاً بالمأجور برضى المؤجر تستوجب أن يصدر الايجاب من المستأجر نفسه ببقائه شاغلاً للمأجور، أي احتفاظه بوضع قائم بينما استوجبت المادة ان يصدر القبول من المؤجر صريحاً أو ضمنياً. إن الفرق في التعبير عن الإرادة لكل من المستأجر والمؤجر أن المستأجر يبقى شاغلاً للمأجور وهذا وضع يظهر نيته في التعاقد بينما المؤجر يقبل هذا الايجاب بشكل صريح أو ضمني بعدم المطالبة بإخلاء المأجور –سلوك ما– وفي الحالة الأخيرة فإن كلا الطرفين في حقيقة الأمر لم يقما بأي فعل ايجابي للتعبير عن نيته أو إرادته التعاقدية. فكل منهما لم يقم بعمل شيء لإلغاء الوضع القائم بينهما. إن عدم قيام المستأجر بإخلاء المأجور وعدم قيام المؤجر بالمطالبة بالإخلاء ذا طبيعة واحدة، وما جعل ذلك يُفسر على أساس أنه إرادة تعاقدية هي الظروف المحيطة بالعلاقة القانونية القائمة بينهما. أن هذه العلاقة القانونية القائمة هي التي جعلتنا نقول بأن هناك إرادة ضمنية يحتويها التعبير الضمني الصادر من المؤجر وكذلك فإن السكوت أو اتخاذ وضع ما من قبل المستأجر يعكس إرادة تعاقدية. فالظروف المحيطة هي في حقيقة الأمر ما يؤهل كل من التعبير الضمني أو السكوت المتزامن مع سلوك ما لأن يشكل تعبيراً عن إرادة تعاقدية، وهذا يدعونا إلى القول بأن السكوت الذي يتزامن مع سلوك ما قد يعبر من إرادة التقدم بإيجاب كما هو الأمر في التعبير الضمني عن الإرادة. إن الظروف المحيطة هي ما تؤهل كل منهما لأن يرتقي إلى مستوى الإرادة التعاقدية قبولاً وايجاباً.

كما أيضاً لو أخذنا المادة (١٨١) والتي أعطت كل من المتعاقدين فسخ العقد أو إجازته إذا كان خيار الشرط لكل منهما، فقد نصت الفقرة الثانية منها على أنه

إذا مرت المدة دون اختيار الفسخ أو الاجازة اصبح العقد لازماً. وعلى هذا فإن السؤال يثار من هو الموجب ومن هو القابل في هذه الحالة على اساس ان الاجازة تتطلب توافق إرادتي الطرفين. فكلا الطرفين احتفظا بسكوتهما أثناء المدة المحددة لممارسة الخيار وكل طرف يمكن اعتباره إما قابلاً أو موجباً، وكذلك يمكن اعتبار كل طرف قابلاً ومُوجباً بنفس الوقت وعلى كل الأحوال فإن الإيجاب والقبول لكل منهما يتم بنفس الآلية وهذا ما يدعونا للقول أنه يمكن للايجاب أيضاً أن يتم بالسكوت المترافق مع سلوك ما.

وقد يثار اعتراض بخصوص الحالات التي قمنا بالتمثيل عليها حيث أنها لا تتعلق بإبرام عقود جديدة وإنما هي حالات لتجديد عقود قائمة، وإذا كان ذلك صحيحاً فإن التجديد أيضاً للعقود يحتاج إلى إيجاب وقبول -التقاء إرادتي طرفي العقد. إن إطلاق القول بأن الإيجاب لا يمكن أن يتم بسكوت لا يمكن القبول به لأن هناك وكما رأينا حالات يمكن للإيجاب فيها أن يتم بسكوت مترافق مع سلوك ما.

الخلاصة:

إن القاعدة الأساس في كافة النظم القانونية هي أن السكوت لا يعتبر قبولاً، فجوهر التصرف القانوني هو الإرادة وجوهر الإرادة هو التعبير عنها، فلا بد للإرادة من أن تظهر بشكل جلي وواضح. في هذا المجال يبدو أن هناك فارقاً بين عقود المعاوضات المالية وبين التصرفات التبرعية في بعض الأنظمة القانونية وذلك حسب أخذها بالإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الالتزام أو عدم اخذها بذلك.

ففي القانون الألماني والذي يأخذ بالإرادة المنفردة، فإن الهبة لا تحتاج إلى قبول والسكوت يعتبر قبولاً لها (م٥١٦) بينما القانون الفرنسي والذي لا يأخذ بالإرادة المنفردة يشترط ان يكون القبول للهبة صريحاً حيث ان السكوت لا يعتبر قبولاً لها (م ٩٣٢). هذا ومع أن القانون الأردني يأخذ بالإرادة المنفردة إلا أنه اعتبر الهبة عقداً لا بد فيه من القبول.

أما في النظام الأنجلوسكسوني فإنه نظراً لمبدأ المقابل في العقد Consideration والواجب توافره في أي اتفاق لكي يعتبر عقداً فإن التصرفات التبرعية ومنها الهبة لا تعتبر من حيث المبدأ ملزمة للواهب ما لم يكن هناك مقابلاً لها تقدم به الطرف الموهوب له – صفقة. أما فيما يتعلق بعقود المعاوضات المالية فإن هناك بعض الحالات المشتركة في كافة النظم القانونية والتي يمكن اعتبار السكوت فيها يشكل قبولاً ومنها:-

أولاً: وجود تعامل سابق بين الطرفين واتصال الإيجاب بهذا التعامل.

ثانياً: ممارسة سلطات المالك من قبل الموجب اليه على الشيء محل العقد.

ثالثاً: إذا كان الايجاب يتمخض منفعة لصالح الموجب له كما هو الأمر لدى محكمة النقض الفرنسية وكذلك إذا بدأ الموجب بتنفيذ ايجابه ونشأ عن ذلك منفعة للموجب إليه الذي يحتفظ بسكوته رغم علمه بهذه المنفعة كما هو الامر في القانون الانجليزي.

رابعاً: العادات والممارسات التجارية قد تستدعي اعتبار السكوت قبولاً.

هذا من جهة، أما من جهة أخرى فإن مسألة جواز اعتبار السكوت ايجاباً فهي محل خلاف في الأنظمة القانونية حيث ان القانون الانجليزي بدأ يميل في بعض الأوضاع الى اعتبار السكوت ايجاباً ونحن من جانبنا نرى أن السكوت يمكن أن يكون إيجاباً إذا رافقه سلوك يؤيد ذلك تماماً كالتعبير الضمني عن الإرادة.

endowment should be clearly stated and silence can not be judged for acceptance. The Jordanian legislation admits the individual will and requires that endowment is to be handled like a contract, where acceptance is mandatory. The Anglo-Saxon legislation considers that donations and charities, to include endowments, do not represent any obligation on the part of the donor unless they entail an interest or a benefit.

Most legal systems deal with the financial claims issue alike; they all state that silence is acceptance when dealing with such cases; however there are certain exceptions, such as: a previous dealing between the two parties, if the acceptor practices ownership authorities over the object in question, if the contract results in bringing benefits to the offerer , commercial customs and practices.

The issue of silence as an indication of agreement/acceptance is still an argumentative one among all legal systems; however, there are some legislations that tend to consider silence, in certain cases, as agreement/acceptance.

Silence: Its legal effect on concluding contracts A comparative study

Dr. Yazid Anis Nosair

Assistant Professor, Civil Law – Department of Legal Studies, AL Al-bait University Al Mafreq

"So eat and drink and be consoled. And if thou meet any mortal, say: Lo! I have vowed a fast unto the Beneficent, and may not speak this day to any mortal."

Abstract

Concluding a contract is based on mutual & verbal agreement/acceptance; however a contract can be concluded with several other ways. Silence does not necessarily express a specific view unless it is surrounded by certain conditions that may indicate that it expresses agreement/acceptance. There are some exceptions to the issue of silence when concluding a contract that silence would not necessarily mean agreement/acceptance. The essence of any legal behavior is free will which should be expressed clearly. All these exceptions are common and occur due to certain conditions which lead to silence.

The present study exemplifies some of the legislations; for instance, the German legislation, which is based on the principle of individual will, states that an endowment does not basically require forthright acceptance; silence, in such case, would do. The French legislation does not admit the individual will; it states that an

The rules (Ahkam) of men's costumes
A comparative juristic study

Dr. Mohammed Abd EL-Razeq Al Sayed Ibrahim AL-Tabtabaei

Dean, Faculty of Shari'a and Islamic Studies – Kuwait University

Abstract

Thanks to God Almighty's mercy and will, people are allowed to wear clothes in order to endure the hot and cold weather alike. People's need to put on clothes is as important as their need to eat and drink. People need to wear costumes in order to cover their loins, endure hot and cold weather, avoid enemy's weapons and to attire.

This study deals with the most important issues related to the rules that govern costumes and especially men's attire. The study is divided into four chapters, as follows:

- An introductory chapter dealing with the concept, reason and principles of costumes.
- Chapter 1 is dealing with the concept of men's costumes with regard to color.
- Chapter 2 is dealing with the rules governing men's costumes with regard to material.
- Chapter 3 is dealing with the rules governing men's costumes with regard to appearance.

Genetic Profiling and Rules of Using Thereof in Forensic Medicine and Paternity Suits

Dr. Nasser Abdullah Al-Mayman
Assistanbt Prtofessor
Faculty iof Shariaa and Islamic Studies
Um Al-Qoraa University

Abstract

Genetic profiling (DNA fingerprinting) is one of the major developments in contemporary biology. Its introduction has raised such a hue and cry justifying an explanation thereof from a Shariaa point of view: definition of genetic profiling, and its viability in forensic medicine and the legal confirmation / negation of paternity.

The paper reaches a number of conclusions confirming that each individual has a unique genetic coding (DNA), with the exception of identical twins. Thus, genetic fingerprinting is an accurate means of differentiating between individuals. It may be used in the criminal field to unmistakably identify people (in cases other than *hodoud,* i.e. the limits imposed by God Almighty, and retaliation where its use is still questionable). It may also be used to establish/negate paternity.

Genetic profiling is a complementary means of proving, and therefore, should not come ahead of the legal means agreed upon by scholars for proving paternity. For negation of paternity, the paper confirms that the only legal means thereof is *leaan,* i.e. the case of a husband negating paternity of a child begotten by a wife he claims to be an adulteress. Consequently, the results of genetic profiling cannot be depended upon. Moreover, genetic profiling may not substitute *leaan.*

Judicial Circumstantial Evidence Proving Illegality of a Challenged Decision

Prof. Dr. Ali Khattar Shatnawi
Professor of Public Law
Faculty of Law, Jordanian University

Abstract

Though burdensome, administrative proving is not impossible. Administrative justice has exerted tremendous efforts to help claimants prove their claims.

Evidence is one way to establish administrative proving. Administrative courts have endorsed the possibility of resorting to evidence to establish the illegality of challenged decisions, though they are not stipulated by the law and may only be elicited by the judge from the context, circumstances and facts of the plea, once he finds them significant.

Such evidences appear within the context of indirect confirmation proofs as they transfer the burden of –proof from the disputed fact (which is difficult to prove) to another fact where they circumstantial evidence is easier to prove.

Administrative judges have often recognized and accepted circumstantial evidence to establish the illegality if challenged decisions and the subsequent annulment thereof. An example of circumstantial evidence is regarding an employee's natural and true record of his functional status.

The General Principles of Law Relating to the Concept of Freedom in the Judgments of the Administrative Judicature

" A Comparative Study"

Dr. Mousa Mustafa Shehadah
Associate Professor of Public Law, Head of Research & Studies Dept;
Expert-Research &Studies Center, Shariah

Abstract

The aim of this research is to study the general principles of law in connection with the concept of freedom in the judgements of the French State Counci and the Jordanian Supreme Court of Justice. The paper tackled thesE principles directly through discussion of the general freedoms as defined b! laws and 'indirectly through examination of the general principles of la! relating to organization of public authorities and function of the administrative judicature as well.

The study in its conclusion pointed out to the obvious difference between the general principles defined by law and the general principles on organization 01 powers of the administrative judicature. The study attributed such difference to the lack of legal provisions pertaining to the organization of the administrative judicature functions and the role of the judiciary in supervising administrative duties, which represents a safeguard against all forms of arbitrary administrative decisions.

Rights and duties of old people in Islam An illustration of the security/insurance systems in Saudi Arabia

Counselor Dr. Fouad Abd EL-Monem Ahmed
Associate Professor, Department of Criminal Justice
Nayef Arab Academy for Security Sciences

Abstract

Islam has forereached the west in establishing the rights and duties of old people. This principle is considered, from an Islamic point of view, a means of devotion and worship to God that would achieve security of Muslims in their life and help them acquire god's contentment in the afterlife.

Islam jurisprudence is based on bringing about utility and forcing out tribulations. The present study deals with the rights and duties of old people in Islam as stipulated in the Holy Quran and Sunnah. According to these two sources, old people are allowed to get involved in the retirement, social insurance and social security systems. This three-chapter study illustrates the concept, types and subsequent changes of old people, the rights and duties of old people as perceived by Islam and the security/insurance systems available for old people in Saudi Arabia.

12- The author should make the required amendments according to reports initiated by the referees and then he/she must provide the journal with a copy of the amended version.

13- Contributions should be electronically (computer) typed. Three copies should be sent to the editorial board of the journal along with one copy on a floppy disk.

14- The author's CV should be attached to his/her contributions.

15- A one- page abstract in Arabic and English should be submitted with the research.

16- Decision taken about suitability of research for publication shall be communicated to authors within a maximum period of four months from the date papers received by the editorial board.

Publishing Priority:

a - The importance of the topic to UAE society.

b- Date of receipt .

c- Diversity of topics and writers.

Notes:

1- Opinions published in the journal represent a mere expression of the view of their authors and they do not basically reflect the journal's trends.

2- Research articles published in the journal are sequentially arranged subject to technical considerations.

3- Whether published or not, research papers submitted to the journal will not be returned to their authors.

4- The journal has the right to leave out any paper that does not meet the stipulated conditions.

5- The journal does not offer any financial remunerations, unless directly assigned, for published papers, book reviews or any other intellectual contribution.

6- Each author will receive two copies of the journal and 25 reprints of his/her research paper.

II- Publishing Rules:

1- The Journal of Shari'a and Law publishes original, authentic, knowledgeable and in-depth studies related to Islamic jurisprudence (Fiqh) and studies.

2- All contributions are subject to confidential review in accordance with the journal's publishing regulations; this is to ensure attaining quality level research in the area of Shari'a and Law.

3- Authors should carefully observe research rules and values with regard to the proper citation of references, literature and resources.

4- The references & literature used in each page should be clearly cited as footnotes.

5- Research papers including religious texts should be properly and accurately written.

6- Contributions should be free from any linguistic or grammatical errors and they should be appropriately punctuated after the common Arabic style.

7- The author should conclude his/her research with a conclusive assumption, findings and viewpoints.

8- Contributions may be written in Arabic, English or French.

9- A research paper should not exceed 40 pages (normal size papers) to exclude references, figures, pictures and Appendices.

10- Contributions must not be a part of the writer's Ph.D or MA thesis, and must not have been published before in any form or submitted for publication to any other journal. The author is required to submit a statement to this effect.

11- The author should not send his/her the research paper to any other publisher before receiving the Journal's feed back - positive or negative.

Journal of Sharia and Law
Objectives and Publishing Rules

(a) Journal objectives :

The journal of the Faculty of Sharia and Law of the United Arab Emirates University is a specialized, refereed and bi-annual published journal. The objectives of the journal are as follows :

1. Publishing original articles written by specialists in the fields of Sharia (Islamic Law) and positive law in in order to enrich these two fields.
2. Strengthening the academic and scientific contacts between the Faculty of Sharia and Law of the UAE University and other Universities in the world.
3. Analyzing contemporary issues within the framework of Sharia and law, especially the issues relating to the UAE, the Arab world, and Islamic countries.
4. Studying the academic trends in the fields of Sharia and law and assessing current legal developments as demonstrated in new publications in the fields of Sharia and law, and in the dissertations submitted to Gulf, Arab, Islamic and international universities all over the world as well as conferences and siminars dealing with humanities and environmental issues as relatd to the above mentioned topics. This is in additton to news about Arabic and Islamic intellectual heritage, religious and legal opinions.
5. Creating opportunities for academic exchange of views with similar journals.

Contents



JOURNAL OF SHARIA &LAW



UNITED ARAB EMIRSTES UNIVERSITY

"A BI-ANNUAL REFEREED ACADEMIC JOURNAL"

ISSUE NO 18/ THU'L-Q'EDA 1423H JANUARY 2003

Published by Academic Publication Council UAE University

This Journal is listed in thw "Ulrich's International Periodicals Directory" under record No. 349199

ISSN 1608-1013